

발 간 등 록 번 호

11-1430000-001900-01

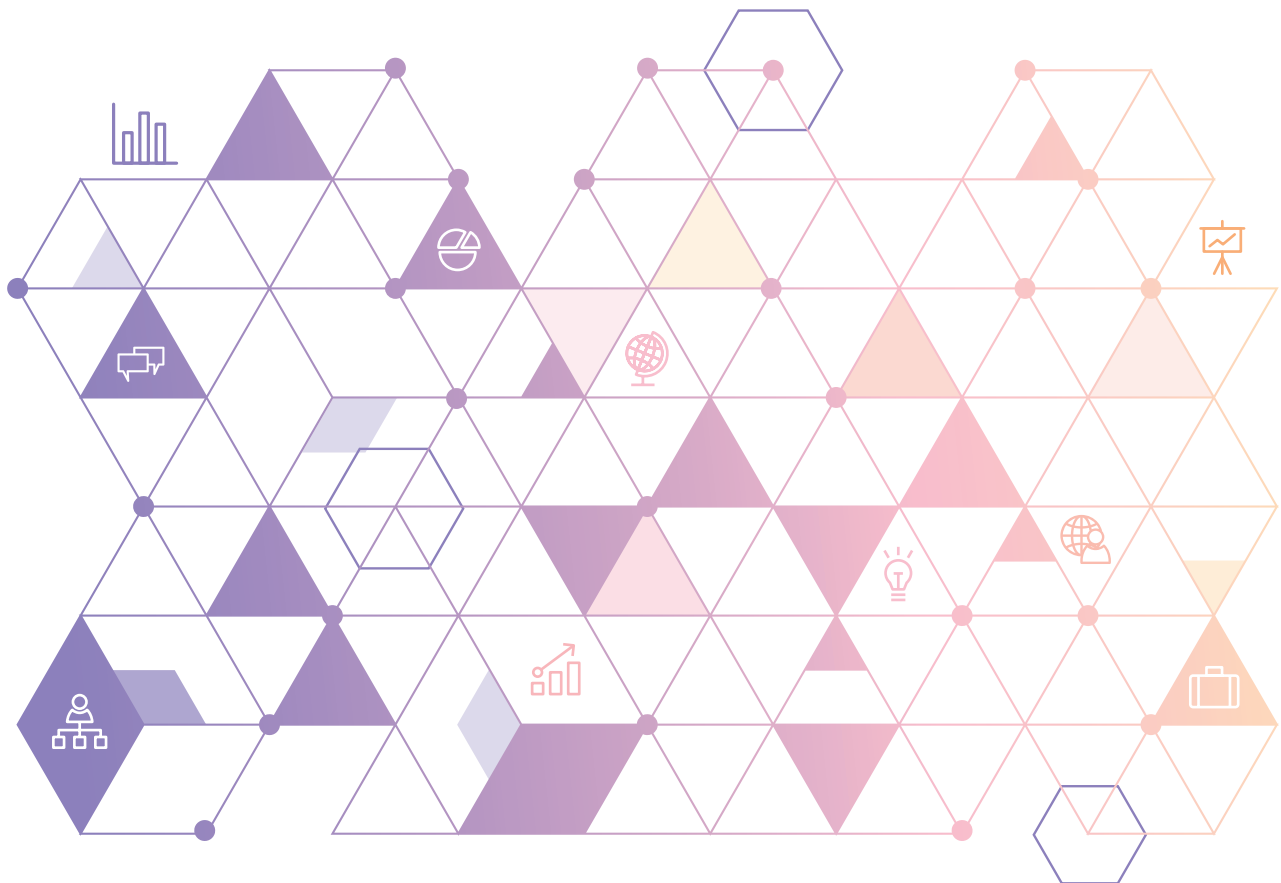
법·제도

법제분석

지식재산권 소송에서 법관의 전문성 조력에 관한 연구

A Study on Institutional Reform for the Use of Experts in Intellectual Property Litigation

2022. 12.



2022년도 기초연구과제 최종보고서

법·제도 연구

지식재산권 소송에서
법관의 전문성 조력에 관한 연구
- 감정제도를 중심으로 -

Legal System

A Study on Institutional Reform for the Use of Experts in
Intellectual Property Litigation
- Focused on the Procedure of Expert Testimony -

2022. 12.

제 출 문

특허청장 귀하

본 보고서를 “지식재산권 소송에서 법관의 전문성 조력에 관한 연구 - 감정제도를 중심으로 -” 과제의 최종보고서로 제출합니다.

2022년 12월 31일

주관연구기관명 : 한국지식재산연구원

연 구 기 간 : 2022년 1월 1일 ~ 2022년 12월 31일

연 구 책 임 자 : 김시열 (한국지식재산연구원 부연구위원/법학박사)

참 여 연 구 자 : 심현주 (한국지식재산연구원 부연구위원/법학박사)

김예빈 (한국지식재산연구원 인턴연구원)

요약

국문

제1장 서론

- 소송절차에서 활용되는 감정은 오랫동안 공정성과 전문성 보장에 대한 문제를 해결해오고 있으나, 아직까지 그 해결이 충분히 이루어지고 있다고 하기는 어려운 상황
 - 감정을 법관의 조력 수단 중 하나로 사용하기도 하는 우리나라에서는 감정의 공정성과 전문성 보장 문제가 더욱 중요하게 다루어짐
- 지식재산권 관련 소송에서 전문가 활용 수요는 상당히 높으며, 공정성과 전문성의 보장이 중요하다는 점은 일반적인 감정과 동일하나, 지식재산권 소송에서의 특수성으로 이 문제의 해결은 어려움
- 소송절차에서 감정의 공정성과 전문성 확보를 위한 많은 노력이 이루어지고 있는 것에 더하여, 지식재산권 분야에 대한 특수성을 고려한 문제해결 방안을 고민해볼 필요가 있음

제2장 지식재산권 대상 소송에서 감정제도의 문제점

제1절 지식재산권 소송에서의 법관 조력제도

- 첨단기술 분야의 특허침해소송, 의료행위나 과오에 관한 의료소송, 건축시공이나 하자에 관한 건축소송 등의 재판에는 법관의 전문지식 및 그 배양의 한계를 보완하기 위한 조력제도가 활용
 - 재판연구원, 사법보좌관, 기술심리관, 조사관, 전문심리위원, 감정인 등이 활용

제2절 지식재산권 대상 감정제도의 개념

- 감정은 법관의 판단 능력을 보충하기 위해 전문적인 지식과 경험을 가진 자로 하여금 법규나 경험칙 또는 이를 구체적 사실에 적용하여 얻은 사실판단을 법원에 보고하게 하는 증거조사

- 민사소송법 또는 형사소송법에 따라 이루어지는 감정을 소송감정이라 지칭
 - 사감을 비롯하여 감정평가, 그리고 진위여부에 대한 감정 등 감정이라는 용어가 무언가를 판단한다는 목적을 갖는 행위에 폭넓게 사용되고 있으나, 본 연구의 대상과는 구별됨
 - 개인에 의한 감정과 달리 촉탁에 의한 감정은 이를 수행하는 권위있는 기관에 의하여 그 공정성, 진실성 및 전문성의 담보가 더욱 효과적으로 이루어질 수 있는 특징을 지님
- 통상의 전문분야 소송과 같이 지식재산권 관련 소송에서 감정에 대한 의존은 높아질 수밖에 없음
 - 지식재산권 관련 소송에서 감정의 대상은 기술적인 요소와 법적 판단의 요소가 결합되어 있는 경우가 많아 법관의 전제사실 확정이 쉽지 않은 특징을 지니므로, 이에 대한 감정 수행을 하는 전문가는 복합적 역량이 요구되는 경우가 많음

제3절 지식재산권 대상 감정제도의 법적·제도적 현황

- 민사소송법은 제333조 내지 제342조에서 감정에 관한 사항을 규정
 - 감정의무, 감정절차 및 감정촉탁 등에 관하여 명시
- 형사소송법은 제169조 내지 179조의2에서 감정에 관한 사항을 규정
 - 감정의무 및 보고, 감정에 필요 처분, 감정인의 참여권 등, 감정증인 및 감정촉탁 등에 관하여 명시
 - 형사소송법은 수사기관의 감정위촉을 허용하고 있으며, 이는 법관이 명령한 감정과 명확히 구별
- 저작권법은 제119조에 감정에 관한 규정을 두고 한국저작권위원회로 하여금 법원 또는 수사기관 등으로부터 재판 또는 수사를 위해 저작권 침해 등에 관한 감정 요청이 있을 경우 감정을 할 수 있도록 함
- 그 외 산업재산권 관련 재판에 대해 공공기관이 감정을 수행할 수 있도록 하는 발명진흥법 개정 시도(2016년)가 있었고, 특허청의 특허소송지원단이 2008년부터 2016년까지 운영되어 왔던 사례 등이 있음

제4절 지식재산권 관련 소송감정제도의 문제점

- 소송감정 자체의 이유에서 기인한 문제로는 공정성 확보 어려움에 대한 문제, 기울어진 운

- 등장에 대한 문제, 감정결과에 대한 사실상의 기속현상 증가 문제 등이 존재
- 2016년 민사소송법 개정을 통해 감정제도에 대한 입법적 개선이 이루어졌으나, 여전히 한계는 존재
 - 지식재산권 소송의 특성에 기인한 문제로는 사건의 개별성에 따른 감정절차 활용상 특수성 문제, 감정결과와 판결 사이의 높은 밀접성 문제, 고가의 감정비용 문제 등이 존재
 - 감정과 관련하여서 실무적으로는 각 사건의 높은 개별성으로 인해 기존의 감정절차를 운영하는 데 어려움이 상당하다는 의견이 많음
 - 여러 문제를 종합하면, 현재 지식재산권 관련 소송에서 소송감정제도가 갖는 문제는 ‘감정을 낮은 비용부담으로 쉽게 믿고 맡기는 것이 곤란’하다는 것으로 정리할 수 있음
 - 구체적으로는 i) 감정이 필요한 경우 수행해야 할 사항을 비용의 제약으로 달리하지 않고 감정을 수행할 수 있도록 해야 한다는 것, ii) 감정인의 공정성과 전문성이 보장되어야 한다는 점, iii) 필요한 감정인을 효율적으로 특정 및 지정할 수 있어야 한다는 점, iv) 다분야의 복합적 검토가 가능한 감정체계를 갖추어야 한다는 점으로 구분

제3장 해외 주요국의 제도 현황 및 관련 논의

제1절 미국

- 증거에 관한 연방규칙(the Federal Rule of Evidence)은 Rule 701 이하에서 소송상의 전문가 증언에 관한 사항을 명시
 - 전문가 증언은 연방증거규칙(FRE) 제702조에 의한 것(Party-Sponsored Expert)과 동 규칙 제706조에 의한 것(Court-Appointed Expert)으로 구분
 - 제706조에 의한 Court-Appointed Expert가 법원이 당사자의 신청이나 직권으로 중립적인 전문가 증언을 임명할 수 있도록 하는 제도라는 점에 우리의 감정절차와 유사
- 증거에 관한 연방규칙 제706조에 대한 문제로는 전문가 편향성에 대한 문제, 전문가 선정에 소요되는 법원의 노력과 비용 부담에 대한 문제, 의사소통 어려움에 대한 문제가 존재
 - 특히 법관이 각 분야 전문가들의 정보를 깊이 인식하기 어렵다는 한계로 인하여 이를 내재적으로 불가피한 한계로 받아들여야 할 것인지에 대한 논의가 있으며, 이를 고려하면 적어도 외관적으로는 중립적인 모습이 명확히 나타나야 한다는 요구 등이 있음
- 유관 제도로는 마스터(Master), 법정조언자(Amicus Curiae) 등이 있음

제2절 일본

- 민사소송법 제212조에서 제218조에서 감정제도를 규정하고 있으며, 우리나라의 감정제도와 큰 틀에서는 유사
 - 감정의무, 감정인의 지정, 감정인의 진술, 감정촉탁 등에 대해 규정
 - 특히, 민사소송법상 감정의 특칙으로 특허법 제105조의2에서 계산감정인 제도를 규정
- 이에 대한 문제로는 미국과 같이 감정인 선임에 대한 어려움이 가장 크게 제기되며, 재판 초기 쟁점정리 단계의 전문가 참여 필요의 지적, 당사자의 참여 보장이 적절히 확보되기 어렵다는 문제 등이 존재
- 유관 제도로는 제3자 의견모집제도, 재판소조사관 및 전문위원, 특허청에 의한 촉탁감정 등이 있음

제3절 중국

- 중국은 사법감정센터를 통해 재판과정에서 필요한 전문지식 등을 활용하는 체계를 두고 운영하고 있으며, 지식재산권 분야에서는 2014년 지식재산권 법원이 설립되면서 활발하게 활용되고 있음
 - 사법감정센터가 의견을 제출하는 사항은 i) 특허, 상표, 디자인, 저작권 등 지식재산권이 선행권리 및 피침해대상과 유사한지 여부, ii) 특허권에서 발명의 신규성 및 진보성 등 인정여부, iii) 이미 획득한 지식재산권의 유효성에 대한 평가, iv) 소프트웨어 소스코드 간 동일성 여부, v) 기술정보 및 경영정보 등이 영업비밀에 해당하는지 여부 등 다양
- 이에 대한 문제로는 사법감정기구가 사실상 공안기관과 밀접한 관계를 맺는 체계로 되어 있다는 점에 독립성 확보에 대한 지적이 가장 중요하게 요구
 - 구체적으로는 사건처리자의 일신이임 금지, 감정부서의 공안 및 수사부서와 분리, 사건당사자의 사법감정기구 선택권 보장 등이 제기

제4절 검토

- 미국과 일본 모두 감정을 수행할 적절한 전문가를 확보 및 선정하는 것을 가장 큰 어려움으로 지적하고 있으며, 지식재산권 분야와 같이 특수성이 있는 분야의 경우 이 문제에 어려움이 더욱 크게 작용

- 이는 매우 세분화된 전문 분야의 내용, 특정 전문가의 개인적 관계, 학문적 견해 등 법원의 입장에서 쉽게 파악하기 어려운 요소들로 인한 문제
- 중국은 별도의 제도를 두고 있다는 점에 이 문제에 대한 논의가 발생하지 않음
- 기존 제도 또는 타 분야와의 관계 등을 고려할 때, 이를 위한 체계는 법원 내에서 운용하기에 현실적 한계가 있으며, 이를 전담하는 체계가 필요하다고 볼 수 있음
- 별도의 조직을 운용하고 있는 중국의 제도 사례에서 전문가 선정의 어려움이 문제되지 않고 있다는 점은 시사하는 바가 있음
- 우리 역시 소송법상의 감정 제도 일반에 대한 논의가 아닌, 특허권 등 산업재산권 관련 소송에서의 감정을 대상으로 할 때, 이들 문제를 어떠한 방식으로 해결할 것인지 고민이 필요함

제4장 지식재산권 분야 소송감정제도의 개선방안

제1절 주요 쟁점의 검토

- 타 조력수단을 통한 대체가 가능할 것인지에 대해 기술심리관, 전문심리위원 등 기존의 유관 제도를 검토해본 결과 각 제도의 장점이 명확히 존재하기는 하나 감정절차를 완전히 대체하는 수단으로 기능하기는 어려울 것으로 판단
- 전문가자격제도 규정과의 충돌 우려에 대해 변호사법에 의한 규제는 주의가 필요할 것으로 보이며, 감정의견의 내용이 법률사무에 관한 사항을 주로 하는 것인지, 아니면 법률사무 이외의 사항을 다루면서 법적 견해의 표명이 포함된 것인지에 따라 달리 판단하여야 함
- 변리사법 제2조에 대해서 현행법상으로 문제되지 않는 것으로 보임
- 저작권 감정 모델의 차용 가능성에 대해 산업재산권을 대상으로 할 경우 저작권 분야와 달리 이미 다양한 전문가시장이 형성되어 있다는 점에 이들 민간시장과 조화를 고려하여야 함이 중요한 전제로 작용되어야 함
- 다만, 저작권법에 의한 저작권 감정 제도 모델은 특수성을 갖는 지식재산권 분야의 소송감정 모델이라는 측면에서 분명히 유의미한 효용을 갖는 것으로 보임

제2절 개선방안

- 지식재산권 관련 소송에서 소송감정제도의 문제인 감정비용의 합리성 확보, 감정의 공정성

과 전문성 확보, 감정주체의 효율적인 지정 체계 마련, 복합적 감정이 가능할 수 있는 체계 마련 등을 해결하기 위해 다음과 같은 접근의 방향성을 도출할 수 있음

- i) 감정의 공정성 문제는 해당 분야의 전문가의 공정성을 담보할 수 있는 방법이 요구
 - ii) 감정비용의 합리성 확보 문제는 감정비용 산정 체계의 합리적 기준을 확보하는 것과 낮은 감정비용으로도 감정을 수행할 수 있도록 하는 체계를 마련하기 위한 방법이 요구
 - iii) 감정이 요구되는 사안에 따른 최적의 전문가를 감정인으로 지정할 수 있도록 하는 방법이 요구
 - iv) 복합적 사항에 대한 감정을 수행할 수 있도록 체계를 마련할 수 있는 방법이 요구
- 이를 고려한 구체적인 방안으로는 공공영역에서 감정의 주체로 참여하는 것이 필요하다고 보며, 이때 참여방식에 있어서 민간 전문가와의 상호 보완적 구조를 갖추므로써 공공과 민간 시장이 협업하는 체계를 갖는 것이 필요함
- 법원과 전문가 사이를 연결하되 부정적 요인을 절연시키고, 법원의 전문가 활용에 대한 효율과 효과를 증대시킬 수 있도록 연결하는 역할을 공공기관이 수행하며, 감정수행에 있어서 유관 전문가단체의 추천 전문가를 참여토록 함으로써 대상 사안의 해결을 위해 가장 최적의 전문가 확보하고 민간시장과 공공 영역이 협업하는 체계 구현
 - 제도의 안정성에 바탕하여 적극적인 제도적 역할을 수행할 수 있도록 하기 위해서는 법률의 개정을 통한 근거 마련이 필요

제5장 결론

- 공정성의 담보를 위해서는 법상 중립의무를 부여하는 것뿐만 아니라 어떠한 형태로든 사적 이익이 감정수행에 반영될 수 없도록 감정수행의 주체를 특정하여야 할 것으로 보았음
- 이를 고려한 포괄적 전문성 확보를 위해서는 개인에 의한 감정보다는 구조화된 감정수행이 필요함
 - 이를 위해 공공부문과 다양한 민간영역의 전문가의 협력구조를 마련하는 것이 적절할 것으로 생각됨

키워드 소송감정, 지식재산감정, 법관조력, 민사소송법, 감정촉탁, 사법감정

요약문		i
제1장	서론	1
제2장	지식재산권 대상 소송에서 감정제도의 문제점	7
	제1절 지식재산권 소송에서의 법관 조력제도	9
	1. 개요	9
	2. 기술심리관	9
	가. 근거	9
	나. 조력의 범위	10
	3. 전문심리위원	10
	가. 근거	10
	나. 조력의 범위	11
	4. 조사관	12
	가. 근거	12
	나. 조력의 범위	12
	5. 재판연구원	13
	가. 근거	13
	나. 조력의 범위	13
	6. 사법보좌관	13
	7. 감정인	14
	가. 근거	14
	나. 조력의 범위	14
	다. 쟁점검토	14

제2절 지식재산권 대상 감정제도의 개념	16
1. 소송감정의 개념	16
2. 감정 수행 전문가와 법관의 관계 변화	17
3. 지식재산권 관련 소송에서 감정의 특징	18
4. 감정 용어의 다양한 사용과 개념적 혼동	19
제3절 지식재산권 대상 감정제도의 법적·제도적 현황	21
1. 감정에 관한 민사소송법 규정	21
가. 개괄	21
나. 감정의무	21
다. 감정절차	22
라. 감정촉탁	23
마. 감정결과의 채부	23
2. 감정에 관한 형사소송법 규정	24
가. 개괄	24
나. 감정절차	25
다. 감정촉탁	26
라. 수사기관의 감정위촉에 의한 감정서	26
3. 저작권법에 의한 감정제도 규정	27
4. 발명진흥법 개정 추진 사례	28
5. 특허소송지원단 사례	29
제4절 지식재산권 관련 소송감정제도의 문제점	31
1. 소송감정제도 자체의 이유에서 기인한 문제	31
가. 문제점	31
나. 감정제도에 대한 2016년 민사소송법 개정 및 그 한계	32
2. 지식재산권 소송의 특성에서 기인한 문제	35
3. 소결	36

제3장 해외 주요국의 제도 현황 및 관련 논의 39

제1절 미국	41
1. 전문가 증언(Expert Testimony) 제도	41
가. 제도 개관	41
나. 제도적 문제에 대한 논의	43
2. 기타 유관 제도	45
가. 마스터(Master)	45
나. 법정조언자(Amicus Curiae)	47
제2절 일본	51
1. 민사소송법상의 감정 제도	51
가. 제도 개관	51
나. 계산감정인 제도	52
다. 제도적 문제에 대한 논의	53
2. 기타 유관 제도	54
가. 제3자 의견모집제도	54
나. 재판소(법원)조사관, 전문위원	60
다. 특허청에 의한 촉탁감정	60
제3절 중국	63
1. 사법감정센터	63
가. 제도 도입 배경	63
나. 사법감정센터 운영 현황	64
다. 사법체계에서 사법감정센터 제도의 역할	69
라. 사법감정센터에 대한 개선 논의	70
제4절 검토	72

제4장 지식재산권 분야 소송감정제도의 개선방안 **75**

제1절 주요 쟁점의 검토 **77**

- 1. 타 조력수단을 통한 대체 가능성 77
 - 가. 문제의 소재 77
 - 나. 법관의 조력을 위한 주요 수단별 검토 78
 - 다. 검토 79
- 2. 전문가자격제도 규정과 충돌 우려에 대한 문제 79
 - 가. 문제의 소재 79
 - 나. 변리사법 제2조 위반 여부에 대한 문제 검토 80
 - 다. 변호사법 제3조 및 제109조 제1호의 위반 여부에 대한 문제 검토 82
 - 라. 검토 86
- 3. 저작권 감정 모델의 차용 가능성 검토 87
 - 가. 문제의 소재 87
 - 나. 저작권 감정 모델의 체계 87
 - 다. 저작권 감정제도에 대한 평가 88
 - 라. 검토 90

제2절 개선방안 **92**

- 1. 구체적 요소에 대한 개선방안 92
- 2. 종합적 검토 94

제5장 결론 **97**

참고문헌 **100**

표목차

표 1	전문소송에서 감정의 역할 변화	17
표 2	일본 특허법 제105조의2의11 제1항 내지 제4항(신설)	55
표 3	일본 변리사법 제4조 제2항 4호(신설)	60
표 4	일본의 재판소(법원)조사관, 전문위원, 감정인 비교	62
표 5	국가급 사법감정센터 목록 현황	64
표 6	변리사법 일부개정법률안(우원식의원 대표발의, 2017846호)	81
표 7	변호사법 제3조, 제109조	82
표 8	감정수준과 만족도 간 상관분석	89
표 9	감정수준과 만족도 간 회귀분석 결과	89

그림목차

그림 1	연방증거규칙(FRE) 제706조에 의한 전문가 증언이 효과적인 사건 분야	43
그림 2	제3자 의견모집제도의 절차(예시)	58
그림 3	일본 감정에 관한 업무 흐름 체계	61

법·제도 연구
지식재산권 소송에서 법관의 전문성 조력에 관한 연구
- 감정제도를 중심으로 -

제1장 서론

법관이 모든 문제에 대한 전문적인 지식을 알 수는 없으므로, 재판 과정에서 법관의 판단을 조력하기 위한 많은 제도를 두고 활용하고 있다. 그러나 이를 위한 제도들은 그 자체로 완전성을 갖추지는 못하고, 각각의 장단점이 존재함에 따라 서로 보완할 수 있는 형태로 제도들이 마련되어 있다. 소위 현대형 전문소송이라 지칭하는 전문분야에 대한 소송에서 대상에 대한 전문지식 결여는 법관의 역할을 일정 부분 제한하게 되는데, 법관을 조력하는 제도들을 통하여 법관의 역할이 제한되는 부분을 극복할 수 있도록 하고 있다. 법관을 조력하는 제도 가운데 가장 대표적인 것으로는 감정을 들 수 있다. 우리 소송법 체계에서는 민사소송 및 형사소송 모두 감정절차를 마련하고 있다.¹⁾

소송절차에서 활용되는 감정에 관하여는 오랫동안 해결되지 않고 있는 문제가 있다. 이는 공정성과 전문성의 확보 문제이다.²⁾ 통상적인 변론주의 절차에서 당사자에게 보수를 받을 것을 알고 고용된 전문가는 공정한 법원에 의해 선택되고 어느 당사자에게도 신세를 지지 않는 전문가보다 무의식적으로 편견을 발전시킬 가능성이 더 높다고 한다.³⁾ 미국의 콜먼 판사는 감정에 관하여 특별한 속셈이 없는 사람으로부터 문제에 대한 기술적 지식을 얻고, 기술적 불일치의 정확한 내용을 판단하는 데 도움을 줄 전문성이 소송 과정에서 필요하다고 한다.⁴⁾ 다만 재판과정에서 전문가들이 상당한 영향력을 행사하게 되는 현상에 대해 재판 과정을 당사자 간의 책임과 손해 문제에서 전문가들의 다툼으로 초점을 바꿀 수 있다는 점에 비판을 하는 견해도 있다.⁵⁾ 또한 재판의 영향이 다수의 시민에 미치게 될 사안에 대해서는 진정한 전문가에 의한 조력, 즉 정확성이 확보된 조력이 필요하다고도 지적된다.⁶⁾ 그렇듯 감정은 전문가의 의견이 재판 전체에 상당한 영향을 미치게 되므로, 법의 무결성을 보전하고 사법자원을 적절히 배분할 수 있도록 하며, 분쟁의 해결을 위해 법관의 합리적인 판단을 가능하도록 할 개선이 요구된다고 한다.⁷⁾ 우리나라는 재판 실무상 감정을 활용함에 있어서 분쟁의 양 당사자가 각각 선임하는 감정인(私鑑定)을 활용하기보다, 법관이 감정을 명함으로써 중립적 지위에서 감정을 수행하는 방식(公鑑定)을 주로 활용한다.

1) 민사소송법과 형사소송법은 감정이라는 표현을 동일하게 사용하고 있으나, 각각의 영문 표현을 Expert Testimony와 Expert Evidence로 구별하여 사용하고 있다는 점에 양자 간 차이를 이해할 수 있다. 다만, 감정의 법적 성질은 양자가 구분되나 본 연구에서 다루고자 한 감정을 통한 법관 조력에 대한 체계 개선의 모색에 대해서는 양자의 구분이 의미를 갖지 않으므로 이하에서 양자를 특별히 구분하여 다루지 않는다.

2) B. R. Pravel, "The Need for the Impartial Expert in Patent Litigation", Journal of the Patent Office Society, vol.46, no.8(1964), pp.536-539.

3) Id, pp.536-539.

4) United States., "Role of the Court Expert in Patent Litigation", Study of the Subcommittee on Patents, Trademarks, and Copyrights no.8(1958), p.33.

5) Edward H. Nielsen and Robert J. Franco, "PURCHASED TESTIMONY: THE PROBLEM OF PROFESSIONAL EXPERT WITNESS", Defense Counsel Journal, vol.57, no.4(1990), pp.525-526.

6) Pamela Louise Johnston, "Court-Appointed Scientific Expert Witnesses: Unfettering Expertise", High Technology Law Journal, vol.2, no.2(1987), pp.264-265.

7) Edward H. Nielsen and Robert J. Franco, supra note 5, pp.529-530.

이로써 최소한의 공정성을 확보할 수 있도록 한 것이다. 그럼에도 공정성과 전문성의 확보라는 문제는 여전히 해결되지 않고 있다.⁸⁾

지식재산권 관련 소송 역시 전문가 활용의 수요가 상당한 분야이다.⁹⁾ 지식재산권 관련 소송 과정에서 이루어지는 감정은 다른 통상의 분야에서 활용되는 감정과 달리 특별한 문제가 있어 감정을 활용함에 있어 상당한 어려움이 제기된다. 이 역시 공정성과 전문성에 관한 문제인데, 지식재산권 소송에서의 감정은 소송 대상이 되는 기술분야의 전문성을 갖추더라도 기술적 판단의 전제가 되는 법률적 지식을 함께 갖추어야 한다는 것에 다른 분야에 대한 감정과 다른 특징을 지닌다.¹⁰⁾ 그러나 실무적으로 이러한 능력을 갖춘 전문가를 찾는 것은 그리 용이한 것이 아니다. 이에 현실적으로는 감정의 본래 취지와 달리 기술적 전문성뿐만 아니라 특허법 등의 법적인 전문성을 함께 갖지 못한 특정 기술 전문가의 감정의견을 양 당사자가 자신에 유리하게 이끌어낼 수 있게 되는 우려도 지적¹¹⁾되고 있다.¹²⁾

이러한 특수성으로 인하여 지식재산권을 대상으로 한 소송감정은 제도 개선을 위해서는 일반의 소송법에 의한 감정절차 개선과 지식재산권의 특성에 합한 절차 개선이 함께 이루어져야 한다는 데 난점이 있다. 이러한 점은 지난 2016년 민사소송법 개정을 통해 민사소송절차에서의 감정제도를 상당히 개선하였음에도 불구하고 지식재산권, 특히 특허권 등의 산업재산권 분야에서의 감정에 대해서는 여전히 많은 문제가 남아있는 원인이 된다. 저작권 분야에서는 저작권법 제119조에서 소송법상의 감정제도에 대한 특칙으로 저작권 분쟁 시 공공영역에 의한 감정을 활용할 수 있도록 하고 있어 나름의 균형을 맞추고 있다. 반면, 특허권 등의 산업재산권 분야에 대한 소송에 있어서는 이와 같은 별도의 규범을 두고 있지는 않으며 소송법상의 감정절차에 따라 감정을 활용하고 있다. 이에 산업재산권 분야에 대한 소송 시 감정절차를 활용함에 있어서 지식재산권 분쟁이 갖는 특수성이 감정절차에 적절히 반영될 수 있을지 의문이 있다. 본 연구에서는 이와 같

8) 우리나라의 경우에는 다소 논의의 정도가 크지 않지만, 영미국가의 경우 전문가 활용에 따른 고비용 역시 중요한 문제로 다루어지고 있다. Pamela Louise Johnston, *supra* note 6, pp.263-264; Tahirih V. Lee, "Court-Appointed Experts and Judicial Reluctance: A Proposal to Amend Rule 706 of the Federal Rules of Evidence", *Yale Law & Policy Review*, vol.6, no.2(1988), pp.482-484; Lee. M. Friedman, "Expert testimony its Abuse and Reformation", *Yale Law Journal*, vol.19, no.4(1909-1910), p.249 등.

9) 특허소송은 전문가가 활용될 필요성이 가장 높은 3대 소송 중 하나라고 한다. Molly Treadway Johnson et al., *Expert Testimony in Federal Civil Trials: A Preliminary Analysis*, *Fed. Judicial Ctr.*, 1 (2000) (reciting from Claire R. Rollor, *Logic, Not Evidence, Supports A Change in Expert Testimony Standards: Why Evidentiary Standards Promulgated by the Supreme Court for Scientific Expert Testimony Are Inappropriate and Inefficient When Applied in Patent Infringement Suits*, 8 *J. Bus. & Tech. L.* 313, 328 fn. 124 (2013))(정차호·신혜은, "미국의 법정조언자(amicus curiae) 제도의 우리 특허소송에서의 도입방안에 관한 연구", *정보법학*, 제23권 제2호, 2019, 149면에서 재인용).

10) B. R. Pravel, *supra* note 2, pp.536-539.

11) *Duo-Flex Corp. v. Builders Service Co.* 사례에서 Hutcheson 판사는 편향성을 지닌 전형적인 특허 전문가의 약점을 지적하기도 하였다.

12) B. R. Pravel, *supra* note 2, pp.536-539.

은 문제점을 바탕으로 특허법 등의 산업재산권을 대상으로 한 소송에 있어서 어떠한 해결 방안이 가능할 것인지 생각해보고자 한다.

법·제도 연구
지식재산권 소송에서 법관의 전문성 조력에 관한 연구
- 감정제도를 중심으로 -

제2장

지식재산권 대상 소송에서 감정제도의 문제점

- 제1절 지식재산권 소송에서의 법관 조력제도
- 제2절 지식재산권 대상 감정제도의 개념
- 제3절 지식재산권 대상 감정제도의 법적·제도적 현황
- 제4절 지식재산권 관련 소송감정제도의 문제점

제1절

지식재산권 소송에서의 법관 조력제도

1. 개요

첨단기술 분야의 특허침해소송, 의료행위나 과오에 관한 의료소송, 건축시공이나 하자에 관한 건축소송, 금융 및 국제거래에 관한 국제금융소송 등의 재판에는 이들에 관한 전문지식을 갖춘 법관에 의하여 재판이 진행되어야 하지만, 법관의 전문지식 및 그 배양에 한계가 있으므로 이를 보완하여 공정하고 명확한 재판을 할 수 있도록 법관을 조력해주는 제도가 현재 법원에서 시행되고 있다.

법관에게 기술적 전문지식 등을 조력해주는 현행 제도를 보면, 법원조직법에는 (i) 재판연구원(제53조의2), (ii) 사법보좌관(제54조), (iii) 기술심리관(제54조의2), (iv) 조사관(제54조의3)이 있고, 민사소송법에는 (v) 전문심리위원(제164조의2), (vi) 감정인(제333조-제342조) 제도가 있으며, 이외에도 특허법원에는 (vii) 과학기술자문위원회 등의 법관 조력제도가 있다.

법관 조력자라고 할 수 있는 기술심리관 및 전문심리위원, 재판연구원, 사법보좌관, 조사관, 감정인 등은 전문적인 기술적 지식을 필요로 하는 소송절차에서 소송의 사실관계를 명확하게 하거나 소송절차의 진행을 원활하게 진행할 수 있도록 법관에게 (i) 의견을 구두로 설명하는 경우, (ii) 의견을 기재한 서면을 제출하는 경우, (iii) 기일(변론준비기일, 변론일, 증인신문, 감정인 신문 등)에 출석하여 설명이나 의견을 진술할 수 있는 경우 등의 역할을 수행하고 있다.

2. 기술심리관

가. 근거

특허법원은 필요하다고 인정하는 경우 결정으로 기술심리관을 특허법 제186조 제1항, 실용신안법 제33조 및 디자인보호법 제166조에 따른 소송의 심리에 참여하게 할 수 있으며(법원조직법 제54조의2 제1항), 기술심리관은 특허청 파견¹³⁾ 또는 전문가를 채용할 수 있다.¹⁴⁾

13) 2022. 5. 16. 현재 특허청(과장 또는 서기관 급)에서 기계 분야 5명, 화학의약 분야 5명, 전자통신반도체 분야 5명 등 15명이 특허법원에 파견되어 법원공무원 신분으로 근무하고 있다.

14) 기술심리관의 자격은 다음과 같다(기술심리관규칙, 규칙 제2646호, 2016. 3. 1. 시행, 제2조).

법관의 기술전문성 문제를 해소하기 위한 방안으로 법원에 기술적 사실관계를 조사하는 조사관을 둘 수 있는 조사관제도가 있지만(법원조직법 제54조의3 제1항), 이 조사관제도는 단순히 기술적 사실관계를 파악·정리하는 데 그치고(법원조직법 제54조의3제2항) 심리 중 기술적 사항에 대하여 이해관계인에게 질의하고 재판부 합의에서 의견을 진술할 권한이 없는 등 법관에게 실질적으로 조력하는 것에 한계가 있었고, 또한 특허사건의 경우 기술적 전문지식을 가진 자가 심리에 참여해야 하다는 산업 및 특허 업계의 요구를 일부 수용하여 특허법원 법관의 전문성을 보완하기 위하여 1998. 3. 1.자 특허법원 개원과 함께 도입된 것으로¹⁵⁾ 그 성격상 일본지적재산고등재판소의 기술조사관 및 독일 특허법원의 기술판사와의 중간적 위치에 있다고 할 수 있다.

나. 조력의 범위

법관의 허가를 받아 기술적인 사항에 관하여 소송관계인에게 질문을 할 수 있고, 재판의 합의에서 의견을 진술할 수 있다(제54조의2 제3항).

기술심리관규칙 제4조에 의하면, 기술심리관은 재판장의 명을 받아 사건의 기술적·전문적 사항에 관하여 법원의 수시 자문에 응하는 일, 재판장의 명을 받아 소송기록을 검토하여 기술적 사항에 관련된 증거판단, 사실문제에 관한 조사·검토, 관련 전문지식 등에 관한 의견서를 법원에 제출하거나 연구결과 또는 의견을 구두로 보고하는 일, 변론 또는 준비절차에서 재판장 또는 수명법관의 허가를 얻어 기술적인 사항에 관하여 소송관계인에게 질문을 하는 일(다만, 상표사건 제외), 재판장의 허가를 얻어 합의과정에서 사건의 기술적 사항에 관하여 의견을 진술하는 일, 재판장은 기술심리관으로 하여금 재판의 합의에서 진술할 의견을 미리 서면으로 제출하게 할 수 있으며, 다만 기술심리관이 법관에게 제출한 서면과 진술한 의견은 공개하지 않고 있다.

3. 전문심리위원

가. 근거

법원은 소송관계를 분명하게 하거나 소송절차(증거조사·화해 등 포함)를 원활하게 진행하기

-
- (1) 5년 이상 특허청에서 심사관 또는 심판관으로 종사한 자
 - (2) 7년 이상 일반직 국가공무원으로 산업기술 또는 과학기술에 관한 사무에 종사한 자로서 5년 이상 5급 이상의 직에 있던 자
 - (3) 과학기술에 관한 분야에서 석사학위를 취득하고 해당 분야의 사무 또는 연구에 10년 이상 종사한 자
 - (4) 과학기술에 관한 분야에서 박사학위를 취득한 자
 - (5) 국가기술자격법에 의한 기술사 자격을 취득한 자
 - (6) 변호사 또는 변리사로서 과학기술에 관한 분야에서 학사학위를 취득한 자

15) 이재우, “특허소송의 전속관할에 대한 소고”, 지식재산21, 통권 제91호, 2005, 124면.

위하여 직권 또는 당사자의 신청에 따른 결정으로 전문심리위원을 지정하여 소송절차에 참여하게 할 수 있다(민소 제164조의2 제1항).

법원행정처장은 전문적인 지식과 경험을 가진 사람 중에서 '전문심리위원 후보자'를 정하여 그 명단을 관리하고(대법원, 전문심리위원규칙, 대법원규칙 제2918호, 2021. 1. 1. 시행, 제2조),¹⁶⁾ 그 관리 중인 '전문심리위원 후보자' 중에서 '상임전문심리위원'을 위촉하여 민사소송법에 따른 전문심리위원의 업무를 수행하도록 하고 있으며, 그 위촉기간은 2년으로 하되 재위촉할 수 있다(위 대법원규칙 제2조의2 제2, 3항).

상임전문심리위원은 법원행정처장의 허가 없이 영리를 목적으로 하는 다른 직무를 겸할 수 없고, 법원은 상임전문심리위원이 소송절차에 참여한 때에는 매년 1회 이상 정기적으로 상임전문심리위원이 수행한 업무의 적정성을 평가하고 있다(위 대법원규칙 제2조의2 제5항).

나. 조력의 범위

소송관계를 분명하게 하거나 소송절차(증거조사·화해 등 포함)를 원활하게 진행하기 위하여 직권 또는 당사자의 신청에 따른 결정으로 '민사, 형사, 가사, 행정, 특허 등 소송절차'에서 전문적인 지식과 경험을 활용하여 법관을 조력하는 다음의 업무를 수행한다(민소 제164조의2 및 대법원, 전문심리위원의 소송절차 참여에 관한 예규, 재판예규 제1774호, 2021. 5. 20. 시행, 제2조).

- (i) 전문심리위원은 법관의 '의견청취서' 및 '의견요구서'에 따라 '설명 또는 의견'을 작성하여 법관에게 제출 및 설명
- (ii) 전문심리위원은 재판장의 지시에 따라 '준비지시서'를 작성하여 재판 절차에 참석하여 '설명 또는 의견'의 진술
- (iii) 전문심리위원은 재판 기일에 재판장의 허가를 받아 당사자, 증인 또는 감정인 등 소송관계인에게 직접 질문할 수 있음(민소 제164조의2 제2항)
- (iv) 단, 재판의 합의에는 참여할 수 없음(민소 제164조의2 제2항 단서)

법관은 전문심리위원을 활용하고자 하는 경우 양쪽 당사자(형사소송절차에서의 검사, 피고인 또는 변호인을 포함)에게 후보자의 이름, 전문분야, 경력 등을 기재한 '의견청취서(전산양식 A1940, B2301)'를 보내거나 그 밖의 적절한 방법으로 당사자로부터 전문심리위원의 지정에 관

16) 법원행정처장은 매 2년마다 1회씩 해당 연도 말까지 전문심리위원의 참여가 예상되는 사건의 유형, 사건 수 등을 고려하여 전문심리위원 후보자를 정하고 그 명단을 작성하여 이를 관리하여야 한다. 다만 법원행정처장이 전문심리위원 후보자 추가 요청 또는 그 밖의 사정에 따라 전문심리위원 후보자의 추가가 필요하다고 인정한 경우에는 언제든지 새로운 전문심리위원 후보자를 정할 수 있다(대법원, 전문심리위원의 소송절차 참여에 관한 예규, 재판예규 제1774호, 2021. 5. 20. 시행, 제3조 제1항).

한 의견을 들어야 하고, 만약 법관이 재판기일 외에서 전문심리위원에게 ‘설명 또는 의견’을 요구할 때에는 질문의 내용, 질문의 순서 등에 관하여 당사자와 사전에 협의하여 ‘의견요구서’를 정한 후에 전문심리위원에게 송부하고, 이에 따라 전문심리위원은 ‘설명 또는 의견’을 작성하여 법관에게 제출 및 설명하는 업무를 수행한다(위 재판예규 제4조 및 제5조).

재판장이 전문심리위원에게 소송목적물의 확인 등 재판준비를 지시하는 때에는 준비할 내용, 기한 등을 명시한 ‘준비지시서(전산양식 A1946, B2308)’를 전문심리위원에게 송부하고, 이를 통지받은 전문심리위원은 그 ‘준비지시서’에 따라 준비절차의 법정(민사·가사·행정·특허 등 소송절차에서는 법대 중앙을 향하여 왼쪽의 당사자의 좌석 앞에서 법대 중앙을 향하게 앉음)에 참석하여 진술할 수 있다(위 재판예규 제6조 내지 제8조).

4. 조사관

가. 근거

특허 사건 등과 관련한 과학기술 분야에 대한 법관의 이해와 판단을 돕기 위하여 2016년 1월 11일 부터 특허법원의 조사관(기술조사관) 제도가 도입되었으며, 특허 조사관은 “법관의 명을 받아 법률 또는 대법원규칙으로 정하는 사건에 관한 심판에 필요한 자료를 수집·조사하고, 그 밖에 필요한 업무”를 담당하고 있다(법원조직법 제53조의3 제2항).

조사관에는 특허법원에 ‘기술조사관¹⁷⁾’이 있고, 그 외에도 일반 법원에 법원조사관, 대법원에 법률조사관, 서울가정법원에 수석조사관이 있다(대법원, 법원조사관 등 규칙, 대법원규칙 제 2991호, 2021.6.28.시행, 제2조, 제2조의1, 제3조).

나. 조력의 범위

특허법원의 조사관은 지식재산 재판 등에 필요한 자료의 수집 및 조사를 하여 법관에게 제출하고 있으나, 이러한 조사관의 역할은 단순히 자료를 수집하며 사실관계를 조사·파악·정리하는데 그치고 있다.

기술조사관은 지식재산권을 전공한 박사 등의 전문가를 계약직으로 주로 채용하고 있으며, 법관의 지시에 의하여 국내외의 특정 자료를 수집하고 이를 분석하여 제출하는 업무에 한정되고 있다.

특히 특허관련 사건에 대하여 심리에 참석할 수 없고, 또한 기술적 쟁점사항에 대해서도 이해

17) 2022. 5. 16. 현재 특허법원의 기술조사관은 8명이 있으며, 임기는 계약직으로 3년 + 2년(연장)이다.

관계인에게 질의하고 재판부 합의에서 의견을 진술할 권한이 없으므로, 법관을 적극적으로 조력하는 업무를 수행하는 것으로 보기에는 어려움이 있다.

5. 재판연구원

가. 근거

소속 법원장의 명을 받아 사건의 심리 및 재판에 관한 조사, 연구, 그 밖에 필요한 업무를 수행하기 위하여 각급 법원의 재판연구원(정원 300명)¹⁸⁾을 두고 있다(법원조직법 제53조의2 제1, 2항).

재판연구원은 변호사 자격이 있는 사람 중에서 대법원장이 임용(전문임기제공무원 나급)하고, 총 3년의 범위에서 기간을 정하여 채용하고 있으며, 재판연구원의 채용은 법률실무능력, 전문성, 인품, 적성, 건강 등을 참작하여 임용 여부를 결정하고 있다(법원행정처, 재판연구원규칙, 대법원규칙 제2877호, 2020. 1. 1. 시행, 제5조).

나. 조력의 범위

재판연구원은 특정 사건의 심리 및 재판에 관한 조사, 연구, 그 밖에 필요한 업무를 수행한다고 하고 있으므로, 실질적으로 법관의 재판업무에 조력하고 있는 것으로 보이지만, 이에 대한 구체적인 업무수행의 내용은 명확히 공개하지 않고 특정 사건의 재판에 필요한 조사 및 연구를 하고 그 결과로 의견서를 법관에게 제출하고 있다.

재판연구원의 조사 및 연구 보고 자료는 법관의 재판에 참고로만 사용될 뿐이고, 증거로 채택되는 등의 법적지위를 가지는 것은 아니다.

6. 사법보좌관

대법원과 각급 법원에는 사법보좌관을 둘 수 있다(법원조직법 제54조 제1항). 사법보좌관은 “민사소송법 및 소송촉진 등에 관한 특례법에 따른 소송비용액·집행비용액 확정결정절차, 독촉절차, 공시최고절차, 소액사건심판법에 따른 이행권고결정절차에서의 법원의 사무”를 수행하기 위함이고(법원조직법 제54조 제1항), 이러한 사법보좌관은 지식재산권 관련 소송에 있어서 법관을 실질적으로 조력해주는 제도가 아니라 볼 수 있다.

18) 2022. 5. 16. 기준으로 특허법원에는 특허사건과 관련하여 3명의 재판연구원이 근무하고 있다.

7. 감정인

가. 근거

감정제도는 수소법원·수명법관 또는 수탁판사가 재판진행 중의 쟁점사항에 대하여 판단을 정확히 할 수 있는 전문지식을 얻고자 학식과 경험이 있는 전문가를 감정인으로 지정할 수 있는 것으로(민소 제334, 335조), 그 감정은 당사자의 신청에 의하여 시행하는 것이 일반적이고, 당사자가 신청한다고 하여 법관이 이에 구속되는 것이 아니고,¹⁹⁾ 법관이 감정의 필요성이 있다고 판단하는 경우 감정인을 선정하고 있다.

나. 조력의 범위

감정은 법관이 일반적인 전문가로서 통상의 지식에 의하여 판단할 수 없는 특별한 경험이나 지식이 필요한 경우 제3자의 의견을 채택할 수 있는 보충적인 증거방법으로, 특허침해 판단 및 그에 따른 청구범위해석, 진보성 판단 등에 관한 기술적, 법리적 전문지식을 법관에게 조력해주고 있다.

감정진술의 방식은 재판장이 감정인으로 하여금 서면이나 말로써 의견(이하, 감정서 또는 감정의견)을 진술하게 할 수 있고, 이와 더불어 감정인에게는 소송관계자에게 서면이나 말로써 감정서(감정의견)를 진술할 기회가 주어지고 있다(민소 제339조).

감정인은 서면의 감정서(감정의견)를 법관에게 제출하는 것이 일반적이라고 할 수 있으며, 감정의 방식에는 법률상 특별한 규정은 없지만 감정서(감정의견)의 결론인 ‘감정주문’과 판단형성과정의 ‘감정이유’가 구성되어야 하고 그중에서 감정주문만이 법률상 감정인의 의견(진술로서 법적증거)에 해당하는 것으로 보고 있다.²⁰⁾

다. 쟁점검토

감정제도는 특정 사건의 쟁점정리 단계의 재판절차 초기부터 참여하는 전문심리위원과는 달리, 감정인을 쟁점정리 단계에서부터부터 개입시킬 수 없고 또한 사건 전체의 관점에 관한 쟁점사항이 아니라 재판절차 중에 당사자 간에 논쟁이 되는 특정 쟁점사항에 대해서만 감정서(감정의견)를 작성하여 법관에게 제출하고 재판절차에서 진술할 수 있는 경우가 있을 뿐이므로 법관에게 실질적이고 실효적인 조력의 업무를 적절히 수행하고 있는 것인지에 대한 의문이 제기되고 있다.

19) 이시윤, 『신민사소송법(제8판)』, 박영사, 2014, 487면.

20) 신은주, “의료소송에 있어서 전문가활용에 관한 고찰”, 한국의료법학회지, 제29권 제2호, 2021, 89면.

재판절차 진행 중에 당사자의 쟁점이 부각되고 이를 명확히 판단하기 위한 보충적 수단으로 감정인제도가 활용되기 때문에 감정인 선정, 감정인의 촉탁 및 반려 등으로 감정인 선임이 어렵고 이로 인한 감정시간이 많이 소요되어 재판이 지연될 수 있고, 당사자가 많은 감정비용을 부담해야 하는 등의 문제점이 지적되어 왔으며,²¹⁾ 이로 인하여 실제 소송절차에서 감정제도가 적극적으로 활용되지 못하는 것으로 인식되고 있다.

21) 손은성, “소송비용절감을 위한 전문심리관제도 도입에 관한 연구”, 공공사회연구, 제7권 제1호, 2017, 232면.

1. 소송감정의 개념

감정이란 법관의 판단능력을 보충하기 위해 전문적인 지식과 경험을 가진 자로 하여금 법규나 경험칙(대전제에 관한 감정) 또는 이를 구체적 사실에 적용하여 얻은 사실판단(구체적 사실판단에 관한 감정)을 법원에 보고하게 하는 증거조사이다.²²⁾ 우리 소송법 체계는 감정을 민사소송법 제335조²³⁾ 또는 형사소송법 제169조²⁴⁾에 따라 이루어지는 것과 이 규정에 의하지 않는 것으로 구분하고 있다.²⁵⁾ 전자를 소송감정(訴訟鑑定), 혹은 공감정(公鑑定), 후자를 사감정(私鑑定)으로 지칭하는 것이 일반적이다. 본 연구에서 대상으로 하는 감정은 전자의 소송감정을 의미한다(이하에서 “감정”은 소송감정을 의미한다).

민사소송법을 기준으로 할 때, 감정은 인증의 일종이므로 감정인이 작성한 감정서는 서증이 될 수 없다. 다만 소송 외에서 전문적인 학식과 경험이 있는 자가 작성한 감정의견을 기재한 서면이 서증으로 제출된 경우 이를 사실인정의 자료인 서증으로 삼을 수는 있다.²⁶⁾ 이때는 법관이 민사소송법 제333조 이하의 규정에 따라 감정을 명하거나 감정을 촉탁하는 경우에 못지않게 공정하고 신뢰성 있는 전문가에 의하여 행하여 졌으며 그 의견이 법원의 합리적 의심을 제거할 수 있는 정도가 될 수 있을 때 사실인정의 자료로 삼을 수 있다.²⁷⁾ 이는 당사자의 기피권과 신문권이 보장되어 있지 않다는 점을 주요한 원인으로 본다.²⁸⁾

그런데 소송법은 감정의 수행에 있어서 자연인인 감정인이 수행하는 감정과 법인 등의 기관이 수행하는 촉탁감정을 구분하고 있다. 민사소송법 제341조는 제1항에서 법원이 필요하다고 인정하는 경우에는 공공기관·학교, 그 밖에 상당한 설비가 있는 단체 또는 외국의 공공기관에 감정을 촉탁할 수 있다고 명시하며, 형사소송법 제179조의2 역시 제1항에서 법원은 필요하다고 인정하는 때에는 공무소·학교·병원 기타 상당한 설비가 있는 단체 또는 기관에 대하여 감정을 촉탁

22) 법원행정처, 『법원실무제요 민사소송[Ⅲ](개정판)』, 2014, 151면.

23) 제335조(감정인의 지정) 감정인은 수소법원·수명법관 또는 수탁판사가 지정한다.

24) 제169조(감정) 법원은 학식경험있는 자에게 감정을 명할 수 있다.

25) 우리나라의 현행 민형사소송법은, 민사소송법 제333조에서 제342조, 형사소송법 제169조에서 제179조의2에서 감정제도에 관하여 규정되어 있다.

26) 대법원 1999. 7. 13. 선고 97다57979 판결, 대법원 2010. 5. 27. 선고 2010다6659 판결 등.

27) 대법원 2010. 5. 13. 선고 2010다6222 판결.

28) 법원행정처, 전거서, 151면.

할 수 있다고 정하고 있다. 특정한 개인(자연인)이 대상이 되는 감정인과 달리, 촉탁감정은 단체(외국의 공공기관 포함)에 의하여 수행된다는 차이가 있다.²⁹⁾ 통상 감정인에게도 요구되는 것이기는 하나 촉탁에 의하여 감정이 수행되는 경우 이를 수행하는 권위 있는 기관에 의하여 그 공정성·진실성 및 전문성 담보가 더욱 강하게 나타난다는 특징이 있다.³⁰⁾

2. 감정 수행 전문가와 법관의 관계 변화

지식재산권 관련 소송 등 소위 현대형 전문소송의 수행에 있어서 법관의 사실확인에는 어려움을 겪는다. 합리적 혹은 과학적으로 보이는 증거라 하더라도 이는 법관의 인지 오류를 강하게 도출시키는 요인으로 작용하므로 증거 활용 시 기저율(base rate)의 충분한 고려가 법관에게 요구되는 등 사실확인 부담이 가중되고 있다. 지식재산소송 관할집중제도 역시 재판을 수행하는 법관의 전문성을 확보하기 위한 목적에서 2015년 시작되었다. 다만, 과거에 비하여 사건을 담당하는 재판부의 전문성은 분명 높아졌으나, 법관은 구체적 사안에서 기술적 한계를 갖게될 수밖에 없으며, 당사자의 기술 대응 수준이 높아지면서 이에 대한 법관의 역할이 축소될 수밖에 없는 순환이 이루어진다는 점이 지적되고 있다.³¹⁾

이처럼 지식재산권 관련 소송에서 감정의 의존은 높아질 수밖에 없는데, 더욱이 문제가 되는 것은 감정에 대한 주도권이 법관에서 점차 감정을 수행하는 전문가로 넘어가는 데 있다. 감정의 유형은 감정 수행을 위한 전제사실의 인정방식 및 감정인의 역할에 따라 4가지 유형으로 분류된다.

▮ 표 1 ▮ 전문소송에서 감정의 역할 변화

구분	감정유형의 내용	세부 내용
제1유형	감정인에게 전문지식만을 묻는 감정	해당 분쟁사건의 해결을 위한 직접적인 증거가 아닌 특성의 전문지식 자체만을 감정인에게 묻는 유형
제2유형	법관이 일상 경험법칙에 의하여 인정한 전제사실을 기초로 감정인이 전문지식을 적용하여 도출한 결론을 보고하는 감정	해당 법관이 조사한 증거, 일반적 경험법칙 및 자유심증에 의하여 인정한 전제사실의 범위 안에서 감정인의 전문적 지식과 경험을 통한 감정결과를 제시하는 유형
제3유형	법관이 전제사실을 인정할 수 없어 그 자체도 감정인에게 위임하는 감정	분쟁의 대상이 상당한 전문적 식견을 필요로 함에 따라 법관이 사실인정을 하는 것 자체가 쉽지 않을 경우 감정인에게 사실인정의 주체가 되도록 하는 유형
제4유형	제2유형과 제3유형이 혼합되어 있는 감정	혼합형으로서 법관이 인정하는 전제사실에 대한 것과 감정인에게 증명주체로서의 권한을 부여하는 것을 부분적으로 적용하여 보완하는 유형

※ 자료: 김황중, 『법원감정인을 위한 소송감정』, 도서출판 서우, 2008, 17면.

29) 김황중, 『법원감정인을 위한 소송감정』, 도서출판 서우, 2008, 14면.

30) 대법원 1982. 8. 24. 선고 82다카317 판결.

31) “특허소송 관할집중제도 유명무실.. 재판 전문성 강화 시급”(파이낸셜뉴스 2021. 9. 7.자 기사).

제1유형은 감정인에게 전문지식만을 묻는 감정이다. 이는 해당 분쟁사건의 해결을 위한 직접적인 증거가 아닌 특정의 전문지식 자체만을 감정인에게 묻는 유형을 의미한다. 제2유형은 법관이 일상 경험법칙에 의하여 인정한 전제사실을 기초로 감정인이 전문지식을 적용하여 도출한 결론을 보고하는 감정이다. 이는 법관이 조사한 증거, 일반적 경험법칙 및 자유심증에 의하여 인정한 전제사실의 범위 안에서 감정인의 전문적 지식과 경험을 통한 감정 결과를 제시하는 유형을 의미한다. 제3유형은 법관이 전제사실을 인정할 수 없어 그 자체도 감정인에게 위임하는 감정이다. 이는 분쟁의 대상이 상당한 전문적 식견을 필요로 함에 따라 법관이 사실인정을 하는 것 자체가 쉽지 않을 경우 감정인에게 사실인정의 주체가 되도록 하는 유형을 의미한다. 마지막 제4유형은 제2유형과 제3유형이 혼합되어 있는 감정이다. 혼합형으로서 법관이 인정하는 전제사실에 대한 것과 감정인에게 증명주체로서의 권한을 부여하는 것을 부분적으로 적용하여 보완하는 유형을 의미한다.³²⁾

현재 지식재산권 관련 소송과 같은 전문소송에서 감정의 유형은 제2유형에서 제3유형으로 점차 변화하고 있다. 법관의 역할인 법적 가치판단과 감정을 수행하는 전문가의 역할인 요구되는 사실확인 등 사이의 경계는 명확하게 설정되지 않는다. 이는 가변적인 것으로서 사건을 심리하는 법관에 의하여 또는 제한적인 경우지만 전문가에 따라 새롭게 설정될 수도 있는 것이다.³³⁾ 사실 확인에 관한 판단이라 하더라도 이것이 단순하게 사실 자체를 확인하는데 한정되는 것이 아니라 특정의 분쟁사건을 해결하기 위하여 법관이 사실확인의 전제를 어떻게 설정하느냐에 따라 최종적인 판단에 미치는 영향은 상이하게 된다.³⁴⁾

이에 감정에 있어서 전제사실의 인정은 감정의 역할을 좌우하는 중요한 요소로 작용한다. 특히 법관과 감정을 수행하는 전문가 사이의 관계를 설정하는 요소로 작용하게 된다. 앞서 감정의 유형이 점차 제3유형으로 변화하고 있다는 것은 재판 과정에서 감정을 활용할 때 법관의 역할이 점차 제한되고 감정을 수행하는 전문가에 많은 부분을 의존하게 된다는 것을 의미한다. 이러한 상황은 법관으로 하여금 감정 과정을 완전히 통제하기 어렵게 한다는 문제를 갖는다.

3. 지식재산권 관련 소송에서 감정의 특징

우선, 기술적인 요소와 법적 가치 판단이 결합되어 있어 법관의 전제사실 확정이 쉽지 않다. 저작권 침해 사안의 경우, 보호법익이 있는 대상인지를 판단하기 위하여 구체적인 기술적 표현을

32) 김황중, 전거서, 17면.

33) 설라 재서너프, 『법정에 선 과학』, 동아시야, 2011, 88면.

34) 김시열, 『저작권 감정제도의 효과 및 개선방안 연구』, 한국저작권위원회, 2013, 28면.

분석하여 해석하여야 하는데 그 과정에서 그것이 보호가능한 대상인지 여부를 저작권법의 개념에 따라 고려하여야 한다. 주관적 요건 또는 객관적 요건에 대한 판단 시에도 비교대상이 보호받을 법익이 있는 대상인지, 즉 저작권법에 의하여 보호받는 표현에 해당하는 것인지 등을 함께 고려하여 감정을 수행하게 된다. 특허권 또는 영업비밀 침해 사안 등의 경우에도 이와 유사한 모습이 나타난다. 즉, 통상의 감정이 구체적인 기술적 사항을 분석하고 이를 보고하는 역할을 하는 것과 달리 지식재산권 관련 소송에서는 기술적 사항의 분석 자체뿐만 아니라 그와 동시에 혹은 그와 순차적으로 법적 가치의 고려가 함께 이루어져야 하므로 복합적 역량이 요구되는 경우가 많다는 특징이 있다.

다음으로는 최종판단이 논리적 흐름에 따라 이루어지는 것만은 아니라는 특징이 있다. 저작권 침해 사안에 있어서 가장 핵심적인 사항이자 판단의 어려움으로 인하여 재판 시 감정의 활용이 가장 활발하게 나타나는 실질적 유사성 여부의 판단의 경우 실질적으로 유사하다는 기준은 사실상 법적인 판단이라기보다 정책적 판단에 속하는 것으로 보기도 한다.³⁵⁾ 재판 실무에서는 실질적 유사성의 명시적 기준을 설정하지 않고, 특정한 유사한 정도가 실질적인지 혹은 그렇지 않은지를 가리는 것으로 판단한다. 이러한 판단 과정에서 논리적 흐름에 따른 판단이 이루어지기는 본질적으로 어렵다. 이러한 점은 특허권 등의 산업재산권을 대상으로 할 경우에도 동일하게 나타난다.

4. 감정 용어의 다양한 사용과 개념적 혼동

본 연구에서 대상으로 하는 소송감정과 대응하여 ‘감정(鑑定)’이라는 용어가 다양한 경우에 동일하게 사용되다 보니 이를 혼동하여 생각하는 경우가 쉽게 발견된다.

가장 많은 혼동이 이루어지는 경우는 ‘사감정’과의 구별이다. 재판을 진행하는 과정에서 소송감정(공감정)과 사감정은 동일한 재판 과정에서 병존하여 나타날 수 있다. 민사소송법 제335조 또는 형사소송법 제169조에 근거하여 법관이 감정을 명한 경우가 아니라, 재판 대상 사건의 당사자 일방이 주장의 입증을 위해 자신의 의지로 전문가 등을 활용하여 일정한 질문에 대한 의견을 받은 것을 의미한다. 사감정은 실무적으로 많이 활용되는 것이나, 소송법에서 규정하고 있는 감정은 아니라는 점에 명확한 구분이 필요하다. 실무상 이를 구별하는 기준은 법관의 명령에 따라 이루어진 감정인지, 아니면 각 당사자 일방(혹은 대리인)이 자신의 주장 입증을 위하여 감정을 요청한 것인지를 판단함으로써 가능하다. 전자의 경우만이 소송감정이고, 후자는 사감정에 속한다.

35) Paul Goldstein, 『Goldstein on Copyright, Vol. II』, LexisNexis, 2010, pp.27-29.

다음으로는 가치평가를 내용으로 하는 감정과의 구별이다. 어떠한 물건 등의 가치를 판단하는 것을 감정이라고 한다. 감정평가라는 용어로 더 많이 사용되는데, 「감정평가 및 감정평가사에 관한 법률」(이하 ‘감정평가법’이라 한다.) 제2조는 감정평가를 토지등의 경제적 가치를 판정하여 그 결과를 가액(價額)으로 표시하는 것을 말한다고 정의한다. 이 법에 의하여 감정평가를 업으로 행하는 자와 법인을 감정평가사, 감정평가법인이라고 한다. 통상의 경우 감정이라는 용어는 감정평가를 의미하는 용어로 많이 사용되다 보니 감정을 감정평가로 한정지어 생각하는 경우도 굉장히 많이 발견된다. 양자의 구별에 있어서 평가라는 개념이 중요한 의미를 갖는다. 소송법상에서 규정하고 있는 감정은 그 내용에 따라서 평가를 내용으로 할 수는 있지만, 그 자체로 평가를 의미하는 것은 아니다. 즉, 가치평가를 내용으로 하는 감정, 혹은 감정평가 등의 용어는 소송감정의 내용이 될 수 있는 대상 중 하나로 사용되는 관계를 갖을 뿐, 동일한 의미를 갖는 용어는 아니다.

한편, 어떠한 물건의 진위 여부를 확인하는 것도 감정이라 하며, 이 역시 소송감정과 완전히 구별되는 개념이다.

사감을 비롯하여 감정평가, 그리고 진위여부에 대한 감정 등 감정이라는 용어가 무언가를 판단한다는 목적을 갖는 행위에 폭넓게 사용되고 있다. 그러나 본 연구에서 대상으로 하고 있는 소송감정과 개념상 명백히 구별되는 것이므로 개념의 명확한 구분이 요구된다. 최근 감정이라는 용어를 중심으로 일부의 업역 간 다툼³⁶⁾이 발생한 바 있다. 이 역시 소송감정과는 구별되는 것이어서 명확한 구분이 요구된다. 소송감정이 달리 사용되는 감정들과 영역을 나누어 존재하는 것은 아니며, 통상의 경우 사용되는 감정과, 재판 과정에서 법원에 의하여 사용되는 감정으로 구분되는 것이며, 재판에서의 감정 시 이루어지는 감정은 통상 사용되는 감정에 비하여 감정내용의 한계가 존재하지 않는다는 점에 주의가 필요하다. 서로 간 개념의 층위(layer)가 상이한 것이다.

36) 웹스와 대한변리사회 사이의 분쟁(주상돈 기자, “IP서비스업 진흥 Vs. 변리사 업무 영역… 지식재산서비스협회, ‘입장문’ 발표”(IP Daily, 2020. 12. 9.자 기사) 등), 감정평가업계와 변리업계 사이의 분쟁(최호 기자, “IP서비스협회, 감정평가법 개정안 반대... ‘IP가치평가, 특정 자격 독점 불가’”(전자신문, 2020. 12. 22.자 기사); 최호 기자, “국토부 ‘산업재산 가치평가’는 감정사 고유 업무” 일파만파”(전자신문, 2021. 5. 31.자 기사) 등이 대표적이다.

제3절

지식재산권 대상 감정제도의
법적·제도적 현황

1. 감정에 관한 민사소송법 규정

가. 개괄

민사소송법은 제3절(제333조 내지 제342조)에서 감정에 관한 사항을 규정한다. 여기서 감정의 대상이 되는 건은 본래 법규, 경험법칙(상관습 등)과 같은 재판의 대전제로 되는 것들이나, 재판의 소전제로 되는 사실판단에 대해서도 감정을 할 필요가 있는 경우 이들에 대한 감정도 가능하다. 민사소송법에서의 감정은 법원의 직권사항이므로 법관이 자신의 지식을 보충할 필요가 있는 경우에 한하여 감정에 의한다.³⁷⁾ 민사소송법은 감정에 관하여 일부의 경우 증인신문규정을 준용하도록 정하고 있다(제333조). 이는 증인과 감정인은 인증이라는 점에 공통점이 있다는데 따른 것으로 민사소송법 중 증인신문에 관한 규정(법 제311조 제2항 내지 제7항, 제312조, 제321조 제2항, 제327조 및 제327조의2는 제외)을 준용하고, 민사소송규칙 중 그 성질에 어긋나지 않는 범위 안에서 증인신문에 관한 규정을 준용한다(민사소송규칙 제104조).

나. 감정의무

감정에 필요한 학식과 경험이 있는 사람은 감정을 할 의무를 진다. 다만, 증언거부권(제314조), 또는 선서거부권(제324조)의 규정에 따라 증인 또는 선서를 거부할 수 있는 사람과 선서무능력(제322조)에 규정된 사람은 감정인이 될 수 없다(제334조). 감정의무에는 출석의무, 선서의무 및 감정의견 보고의무의 3가지가 포함된다. 감정인이 이를 해태하면 증인의 경우에 준하여 소송비용의 부담 또는 500만 원 이하의 과태료 부과 등의 제재가 가하여진다(제333조, 제326조, 제318조, 제311조).

한편, 2016년 신설된 사항으로 감정인의 의무(제335조의2)가 명시되어 있다. 감정인은 감정 사항이 자신의 전문 분야에 속하지 않는 경우 또는 그에 속하더라도 다른 감정인과 함께 감정을 하여야 하는 경우에는 곧바로 법원에 감정인의 지정 취소 또는 추가 지정을 요구하여야 한다. 아

37) 이시윤, 『신민사소송법』, 제15판, 박영사, 2021, 501면.

올리 감정인은 감정을 다른 사람에게 위임하여서는 안 된다.

다. 감정절차

감정은 증인신문에 준하여 진행하는 것을 원칙(제333조, 민사소송규칙 제104조)으로 한다. 감정은 당사자의 신청에 의하여 행하는 것이 일반적³⁸⁾이나, 민사소송법 제292조³⁹⁾에 의하여 직권으로도 감정을 명할 수 있다. 감정을 신청하기 위해서는 감정을 구하는 사항을 적은 서면과 함께 신청서를 내야 하며, 그 서면은 상대방에게 송달하여 그 의견을 내게 할 수 있다(규칙 제101조). 감정신청 시 감정인을 특정할 필요는 없으며, 그러한 기재가 있더라도 법원은 그 기재 사항에 구속되지 않으며,⁴⁰⁾ 단순히 법원에 추천하는 이상의 의미는 없다. 감정인은 수소법원·수명법관 또는 수탁판사가 지정하도록 되어 있기 때문이다(제335조).

감정은 증거조사결과가 기일 이전에 법원에 현출되어 상대방과 법원이 그 내용을 검토할 수 있도록 그 증거신청이 적시에 이루어져야 한다.

감정인의 지정은 학식과 경험이 있는 자 중에서 지정하여야 하나, 반드시 감정을 직업으로 하거나 감정사항을 전문적으로 또는 직업적으로 취급하는 사람일 필요까지는 없다. 감정인 지정은 「감정인등 선정과 감정료 산정기준 등에 관한 예규」에 의해 진행되며, 법원행정처에서 운영하는 ‘감정인선정전산프로그램’에 의하여 선정하되, 양 당사자가 합의하여 감정인을 달리 할 수 있다. ‘감정인선정전산프로그램’에 의한 선정을 하기 어려운 경우에는 그 선임에 공정을 기하기 위하여 유관단체에 재판장이 추천을 의뢰하고, 그 추천에 의하여 감정인을 선임하는 것이 보통이다.⁴¹⁾ 지식재산권에 관한 사항은 예규의 분류상 ‘특수분야 감정’으로 취급된다. 법원행정처장은 각급 법원 및 지원에서 특수분야 전문가를 감정인으로 선정하는 업무를 지원하기 위하여 ‘특수분야 전문가 명단’을 전산으로 작성·관리한다. 각급 법원 및 지원의 재판장은 이 명단에 감정업무 수행을 위해 필요한 전문가가 등재되어 있지 않은 경우 소장부분 등을 첨부하여 법원행정처장에게 해당 특수분야 전문가를 찾아 명단에 등재하여 줄 것을 요청할 수 있다.⁴²⁾

감정인이 지정된 이후, 감정인이 성실하게 감정할 수 없는 사정이 있는 때에 당사자는 그를 기피할 수 있다. 다만, 당사자는 감정인이 감정사항에 관한 진술을 하기 전부터 기피할 이유가 있다는 것을 알고 있었던 때에는 감정사항에 관한 진술이 이루어진 뒤에 그를 기피하지 못한다

38) 법원행정처, 전게서, 153면; 당사자의 신청에 따른 것이 원칙이라 표현한 경우도 있다. 이시윤, 상게서(2021), 503면.

39) 제292조(직권에 의한 증거조사) 법원은 당사자가 신청한 증거에 의하여 심증을 얻을 수 없거나, 그 밖에 필요하다고 인정한 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있다.

40) 법원행정처, 전게서, 153면.

41) 법원행정처, 전게서, 157면.

42) 법원행정처, 전게서, 160면.

(제336조). 감정인의 기피는 수소법원·수명법관 또는 수탁판사에게 하여야 하며, 기피하는 사유를 소명하여야 한다. 기피하는 데 정당한 이유가 있다고 한 결정에 대하여는 불복할 수 없고, 이 유가 없다고 한 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다(제337조).

한편, 2016년 신설된 사항으로 감정진술의 방식 규정과 감정인신문의 방식 규정이 있다. 전자에 대해, 재판장은 감정인으로 하여금 서면이나 말로써 의견을 진술하게 할 수 있으며, 여러 감정인에게 감정을 명하는 경우에는 다 함께 또는 따로따로 의견을 진술하게 할 수 있다. 이 경우 법원은 감정진술에 대해 당사자에게 서면이나 말로써 의견을 진술할 기회를 주어야 한다(제339조). 후자에 대해 감정인은 재판장이 신문하는 것을 원칙으로 하며, 합의부원 및 당사자는 재판장에게 알리고 신문할 수 있다. 다만, 당사자의 신문이 중복되거나 쟁점과 관계가 없는 때, 그 밖에 필요한 사정이 있는 때에는 재판장은 당사자의 신문을 제한할 수 있다(제339조의2). 한편, 감정인 신문 시 i) 감정인이 법정에 직접 출석하기 어려운 특별한 사정이 있는 경우, ii) 감정인이 외국에 거주하는 경우 중 하나에 해당하는 때에 상당성이 인정된다면 당사자의 의견을 들어 비디오 등 증계장치에 의한 증계시설을 통하여 신문하거나 인터넷 화상장치를 이용하여 신문할 수 있다(제339조의3).

라. 감정촉탁

법원은 필요하다고 인정하는 경우에는 공공기관, 학교, 그 밖에 상당한 설비가 있는 단체 또는 외국의 공공기관에 감정을 촉탁할 수 있다(민사소송법 제341조 제1항). 감정촉탁의 경우에는 선서의무가 면제됨에 비추어 권위 있는 기관에 의하여 공정성, 진실성 및 전문성이 담보되어야 한다.⁴³⁾ 촉탁기관이 제출한 감정서에 분명치 않거나 불비된 점이 있는 등 법원이 필요하다고 인정한 때에는 촉탁기관이 지정한 자로 하여금 감정서를 설명하게 할 수 있는 바(민사소송법 제341조 제2항), 이 경우 감정촉탁의견 중 전문지식에 관한 설명을 구하면 감정인에 준하고 감정시 지득한 사실에 관한 설명을 구하면 증인에 준하여 선서하여야 할 것이지만, 실무상으로는 증인신문방식을 취하여 전문적 지식과 사실 모두를 자유롭게 신문하고 있다.

마. 감정결과의 채부

증거방법으로 감정이 시행된 경우에는 형사소송의 경우처럼 감정인이 제출한 서면(감정서)이 증거가 되는 것이 아니고, 감정인의 의견에 의하여 얻은 법원의 판단이 증거로 된다. 감정결과를 어떻게 평가할 것인가는 다른 증거와 마찬가지로 법원의 자유로운 심증에 맡겨져 있다(민사소송

43) 대법원 1982. 8. 24. 선고 82다카317 판결.

법 제202조).⁴⁴⁾ 감정결과는 법관이 감정인의 특별한 지식과 경험을 이용하는 것이므로 감정의견에 기속되지 않음이 원칙이나,⁴⁵⁾ 특단의 사정이 없는 한 존중해야 하는⁴⁶⁾ 등의 제한이 있다. 동일 사항에 대한 수 개의 상반된 감정결과가 있는 경우 그중 어느 것을 채용하여도 채용법칙에 위반되지 아니하는 한 적법하나,⁴⁷⁾ 동일한 감정인이 동일한 감정사항에 대해 모순, 불명료한 감정의견을 내었을 때에는 감정서의 보충을 명하거나 감정증인으로 신문하는 등 적극적 조치를 강구하여야 한다.⁴⁸⁾

2. 감정에 관한 형사소송법 규정⁴⁹⁾

가. 개괄

형사소송상 증거방법을 증거조사의 방식에 따라 분류하면 인증, 증거서류, 증거물, 증거물인 서면 및 컴퓨터용 디스크 등 그 밖의 증거로 나눌 수 있다. 그중 감정이란 인증에 해당하며, 법원 또는 수사기관이 재판상 또는 수사상 필요한 실험칙 등에 관한 전문지식, 경험 등의 부족을 보충할 목적으로 그 지시하는 사항에 관하여 제3자로 하여금 조사를 시키고 실험칙 또는 이를 적용하여 얻은 구체적 사실판단 등을 보고하게 하는 것을 말한다.

수사기관은 수사상 필요한 경우 감정을 위촉할 수 있는데(형사소송법 제221조 제2항), 그 단계에서는 법원이 관여하지 않는다. 수사기관으로부터 감정의 위촉을 받은 자도 실무상 감정인이라 부르고 있으나, 이는 선서의무도 없고 허위감정을 하여도 허위감정죄(형법 제154조)에 해당하지 않으며, 그 절차에 있어서 당사자에 의한 반대신문의 기회도 주어지지 않는 점에서 법원의 명에 의한 감정인(형사소송법 제169조 내지 제171조)과는 큰 차이가 있으므로, 강학상 이를 ‘감정수탁자’ 또는 ‘감정수촉자’라고 부르기도 하며 형사소송법 제221조의4에서는 ‘감정의 위촉을 받은 자’라는 표현을 쓰는 등 이를 구별하고 있다.

44) 증거방법으로서 증거조사의 대상이 될 수 있는 자격을 ‘증거능력’이라고 하는데, 법정대리인은 당사자신문의 대상일 뿐 증인신문의 대상이 될 수 없고(민사소송법 제367,372조), 기피신청이 받아들여진 감정인은 감정을 할 자격을 상실하며(민사소송법 제336,337조), 선서하지 않은 감정인에 의한 감정결과는 증거가 될 수 없고, 불법검열, 감청에 의하여 취득한 우편물이나 전기통신, 공개되지 않은 타인 간의 대화를 녹음 또는 청취하여 취득한 자료의 내용은 증거로 사용될 수 없다(통신비밀보호법 제14조). 민사소송에서는 위와 같은 법률상 예외를 제외하면 증거능력의 제한은 없다. 증거능력을 가진 증거자료가 요증사실의 인정에 기여하는 정도를 ‘증명력’(증거력, 증거가치)이라 하며, 법관이 논리법칙과 경험칙에 따라 자유로운 심증으로 판단한다.

45) 대법원 1998. 7. 24. 선고 98다12270 판결.

46) 대법원 2002. 11. 26. 선고 2001다72678 판결.

47) 대법원 1997. 12. 12. 선고 97다36507 판결.

48) 대법원 1994. 6. 10. 선고 94다10955 판결.

49) 형사소송법에 의한 감정규정에 관한 설명은, 김시열, 전거서, 38-42면을 참조.

나. 감정절차

첫째, 감정수행에 대한 채택 단계이다. 감정을 명할 것인가는 원칙적으로 법원의 재량이므로 법원이 심리의 대상이 된 전문 분야에 대해 충분한 지식을 가지고 있다면 감정인이 없더라도 판단을 내릴 수 있다.

그러나 책임능력 판단과 관련하여 심신장애의 의심이 있는 경우에 전문가의 정신감정을 받지 않았다면 심리미진의 위법이 있다는 것이 판례 입장이며,⁵⁰⁾ 법관이 사실해명의무를 이행하기 위해 감정이 필요한 경우 예컨대 치료감호사건, 성도착과 같은 정신의학적 판단을 요하는 경우, 유아의 증언을 증거로 사용할 필요가 있는 경우, 필적·유전자 등의 동일성을 판단할 필요가 있는 등의 경우에는 법원이 감정을 명하지 않은 경우에는 심리미진으로 상소 이유에 해당할 수 있다고 봄이 상당하다.⁵¹⁾

둘째, 감정인의 지정이 이루어져야 한다. 감정을 신청하는 경우 입증취지와 관련된 특정 분야의 전문가를 감정인으로 선임해 달라는 취지의 신청을 하는 것으로 충분하며, 감정인을 특정하였다고 하더라도 법원에 대한 요망을 표시한 것에 불과하고 감정인의 선정은 법원의 전권에 속한다.

실무에서는 증거신청 및 증거결정 단계에서는 감정인을 특정하지 않은 채 추상적인 감정 그 자체를 신청하고 감정 그 자체를 결정할 뿐이며, 감정인의 지정은 감정결정이 있는 후 감정의 준비절차로서 따로 행하고 있다. 형사사건에서도 앞서 ‘민사소송상 감정’ 편에 서술한 민사에 관한 대법원 예규를 따름이 보통이며, 관련 예규가 없는 경우 민사소송에서와 같이 법원이 적당한 사람을 알고 있지 못할 때에는 유관단체 또는 관공서의 장에게 적당한 사람을 추천해서 통보해 주도록 서면으로 의뢰하는 것이 통상적이다.

셋째, 감정인신문이 이루어진다. 감정인이 지정되면 감정인을 최초로 소환하여 감정인에 대한 인정신문, 허위감정의 벌의 경고, 선서, 감정거부권의 설명을 한 후 감정사항을 알리고 감정을 명하게 된다. 검사, 피고인, 변호인은 이러한 감정인신문에 참여할 권리가 있으므로 법원은 위 당사자 등이 미리 참여하지 않겠다는 의사를 명시하지 아니한 한 반드시 감정인신문기일을 정하여 미리 통지하여야 한다.

넷째, 필요한 자료의 제공 및 감정서의 제출 등이 이루어진다. 법원은 필요한 때에는 감정인으로 하여금 법원 외에서 감정을 하게 할 수 있으며,⁵²⁾ 이 경우에는 감정을 요하는 물건을 감정인에게 교부할 수 있다(형사소송법 제171조 제1, 2항). 그리고 재판장은 필요하다고 인정하는 때

50) 대법원 1999. 4. 27. 선고 99도693 판결 등.

51) 신양균, “형사소송법상 감정제도에 관한 몇 가지 고찰”, 법학논집 제28권 제4호, 2011, 334면.

52) 법원 외에서 감정을 하게 할 수 있다 함은 법원 외에서 감정을 명할 수 있다거나 법원 외에서 감정에 관한 보고를 시킬 수 있다는 의미가 아니고, 감정에 필요한 사실행위를 법원 외에서 하게 할 수 있다는 의미이다. 조문 표현상으로는 예외적인 조치로 규정되어 있으나, 실제로는 감정이 법원 안에서 행해지는 경우란 거의 없으므로 오히려 원칙에 속하는 사항이라고 할 수 있다.

에는 감정인에게 소송기록에 있는 감정에 참고가 될 자료를 제공할 수 있다(형사소송규칙 제89조의2). 감정인은 재판장의 허가를 얻어 소송서류와 증거물을 열람, 등사할 수 있고, 재판장의 허가를 얻어 피고인신문 또는 증인신문에 참여할 수 있으며, 법원에 대하여 피고인신문 또는 증인신문을 청구할 수 있고, 그 신문절차에서 재판장의 허가를 얻어 직접 발문할 수 있다(형사소송법 제174조).

감정인은 감정의 경과와 결과를 서면으로 법원에 제출하여야 한다(형사소송법 제171조 제1항). 즉 형사소송에서는 서면에 의한 보고(감정서 제출)만이 인정될 뿐 구술에 의한 보고는 인정되지 않는데, 이것은 민사소송의 경우(민사소송법 제339조)와 다른 점이다. 감정서의 제출이 있는 경우, 필요한 때에는 감정인으로 하여금 감정의 경과와 결과를 설명하게 할 수 있는데(민사소송법 제171조 제4항), 이는 감정인신문 형식으로 이루어진다.

다섯째, 감정에 관한 비용을 납입하여야 한다. 감정인은 법률이 정하는 바에 의하여 여비, 일당, 숙박료 외에 감정료와 체당금의 변상을 청구할 수 있다(형사소송법 제178조). 여비, 일당, 숙박료의 지급은 증인에 관한 규정을 준용한다. 민사소송상 감정에서 살펴본 바와 같이 '감정인등 선정과 감정료 산정기준 등에 관한 예규(재일 2008-1)'에서 감정료 기준액을 정하고 있다. 형사소송에서 이와 같은 감정비용은 종국적으로 국고부담이 되며, 소송비용에 포함되지 않으므로 다른 소송비용을 피고인에게 부담시키는 경우에도 피고인에게 이를 부담시킬 수 없다.

다. 감정촉탁

법원은 필요하다고 인정되는 때에는 공무소, 학교, 병원 기타 상당한 설비가 있는 단체 또는 기관에 대하여 감정을 촉탁할 수 있다(형사소송법 제179조의2 제1항). 감정촉탁을 채택하는 경우에는 곧바로 촉탁절차로 나아가면 되고, 감정인의 소환이나 신문절차는 필요가 없으므로, 감정촉탁의 경우에는 감정인 선서에 관한 규정이 적용되지 않는다(형사소송법 제179조 제2항). 위 촉탁에 의한 감정서도 별도의 서증으로 보아 증거조사하는 것은 후술하는 바와 같이 일반 감정의 경우와 마찬가지로이다. 감정촉탁에 의한 경우에 법원은 당해 공무소, 학교, 병원, 단체 또는 기관이 지정한 자로 하여금 감정서를 설명하게 할 수 있다(제179조의2 제2항).

라. 수사기관의 감정위촉에 의한 감정서

수사기관의 감정위촉에 의한 감정인의 경우에는 전술한 바와 같이 법원의 명에 의한 감정인과는 달리, 선서의 의무도 없고 허위감정을 하여도 허위감정죄(형법 제154조)에 해당하지 않으며, 그 절차에 있어서 당사자에 의한 반대신문의 기회도 주어지지 않는다. 이와 같이 법원의 명에 의한 감정과 달리 엄격한 법적 규제가 없는 수사기관의 촉탁에 의한 감정서에 대하여 법원의

명에 의한 작성된 감정서와 동일한 요건하에 증거능력을 인정하는 것이 타당한지에 대하여 논의가 있다. 수사기관의 촉탁에 의한 감정서의 경우에도 형사소송법 제312조 제2항이 적용된다는 견해가 지배적인데, 이는 현행 형사소송법이 그 작성주체에 따라 감정서의 증거능력을 구별하고 있지 않다는 점, 감정수탁자는 훈련을 받은 전문가이므로 그 서면에 객관성과 신뢰성이 인정된다는 점 등을 근거로 한다.⁵³⁾

3. 저작권법에 의한 감정제도 규정

2000년 1월 28일 법률 제6233호로 전면개정된 「컴퓨터프로그램보호법」은 제36조에서 ‘프로그램 및 프로그램과 관련된 전자적 정보등의 감정에 관한 사항’을 당시 컴퓨터프로그램보호위원회⁵⁴⁾의 업무로 명시함으로써 저작권 체계에서의 공적 영역에 의한 감정제도가 마련되었다.⁵⁵⁾ 한편, 저작권법 역시 2006년 12월 28일 법률 제8191호로 전면개정된 저작권법은 제119조에 감정제도를 신설하여, 이를 저작권위원회의 업무로 명시하였다. 다만, 이에 대한 제도운영이 활발히 이루어지진 않았다.⁵⁶⁾ 이후 2009년 컴퓨터프로그램보호법과 저작권법이 통합(2009년 4월 22일 법률 제9625호, 저작권법 개정)되면서 현재의 감정제도를 규정으로 두게 되었다.

저작권법은 제119조에 감정에 관한 규정을 두고, 한국저작권위원회로 하여금 법원 또는 수사기관 등으로부터 재판 또는 수사를 위하여 저작권의 침해 등에 관한 감정을 요청받은 경우, 그리고 저작권분쟁조정을 위하여 분쟁조정의 양 당사자로부터 프로그램 및 프로그램과 관련된 전자적 정보 등에 관한 감정을 요청받은 경우에 감정을 실시할 수 있도록 하고 있다(제1항). 이에 대한 감정절차 및 방법 등에 관하여는 대통령령에 위임(제2항)하고 있으며, 감정을 실시함에 따른 수수료를 청구할 수 있도록 하고 있다(제3항). 아울러, 감정의 공정성과 객관성을 담보하기 위한 장치로 감정전문위원회를 둘 수 있도록 하며(저작권법 시행령 제64조 제3항), 감정전문위원회의 운영에 관한 세부절차는 내규로서 정하도록 하고 있다(동법 시행령 제64조 제4항).

저작권 감정제도는 2020년 49건, 2019년 53건, 2018년 62건 등의 감정수행 규모를 나타내고 있으며, 소프트웨어에 대한 감정이 연간 수행 건수의 40.8%(2020년), 64.2%(2019년) 등의 수준으로 나타나며, 나머지는 소프트웨어를 제외한 모든 유형의 저작물들을 대상으로 한다.⁵⁷⁾

53) 신양균, 전계논문, 344면.

54) 기관의 명칭이 몇 차례 변경이 있었으나 편의상 가장 최종의 명칭을 사용하였으며, 2009년 4월 22일 저작권법 개정(법률 제9625호)으로 저작권위원회와 통합하여 한국저작권위원회로 개편된다.

55) 본 규정에 근거하여 실무적으로는 2001년 8월 감정업무가 시작되었다. 컴퓨터프로그램보호위원회, 『u-SW 強國을 향하다』, 2007, 80면. 다만, 실제적으로는 그 이전인 2001년 5월에 경찰청의 의뢰로 수행된 CCTV프로그램에 대한 감정을 첫 번째 사례로 볼 수 있다. 김시열, 전계서, 10면.

56) 김시열, 전계서, 11면.

이 가운데 실제 감정이 완료되어 의뢰기관으로 통지되는 경우는 위 수행 건수의 36.7%(2020년), 30.2%(2019년) 등으로 나타난다. 감정을 의뢰하는 기관은 주로 법원이며, 일부 검찰 및 경찰 등의 수사기관에서 의뢰하고 있다.⁵⁸⁾ 저작권 감정제도를 담당하는 한국저작권위원회는 감정업무를 위하여 관리자를 제외하고 3명⁵⁹⁾의 전담인력을 활용하고 있다.⁶⁰⁾

4. 발명진흥법 개정 추진 사례

국회에 제출된 최종 법안(발명진흥법 일부개정법률안(2017. 1. 18. 정부 제안)에는 제외되었지만, 당시 발명진흥법 개정을 추진하는 과정에서 입법예고되었던 법안에는 한국지식재산보호원의 설립에 관한 장을 신설하면서, (안) 제55조의4에서 저작권법과 동일한 소송감정제도의 법적 근거의 마련을 시도한 바 있다. (안)제55조의4⁶¹⁾ 제1항은 법원, 수사기관 그 밖에 대통령령으로 정하는 행정기관 또는 공공기관으로부터 재판, 수사 또는 법령에서 정한 업무의 수행을 위하여 지식재산권의 침해 등에 관한 감정을 요청받은 경우 등에는 감정을 한국지식재산보호원이 감정을 수행할 수 있도록 근거를 마련하였었고, 그에 따른 구체적인 사항은 동법 시행령에서 정하도록 하였다.⁶²⁾ 이에 대해 기존의 전문시장을 침해하는 것이라는 비판 등이 제기되었고, 그러한 의견을 고려하여 본 규정은 새로운 내용으로 변경되었다. 이에 당시 국회에 제출된 개정안은 발명진흥법 개정안 제55조의4를 손해액 산정을 위한 역할을 한국지식재산보호원이 수행할 수 있도록 하는 근거규정으로 수정된 것이었으며⁶³⁾, 본 사항은 소송감정의 형태는 아니며 산업재산권분쟁조정위원회의 운영에 조력할 수 있도록 하는 것을 목적으로 한 것이었다.

57) 한국저작권위원회, 『저작권 통계』, 통권 제11호, 2021, 210면.

58) 한국저작권위원회, 상게서, 211면.

59) 저작권 감정 제도는 과거 제도 초창기인 2007년에는 전담인력이 7명, 2009년에는 전담인력이 10명에 이를 정도로 활발하였으나, 소프트웨어 분야와 일반저작물 분야가 통합된 이후에는 오히려 2010년 6명을 거쳐 현재 3명의 전담인력을 보유하는 규모로 축소되었다.

60) 한국저작권위원회 홈페이지(조직도), <<https://www.copyright.or.kr/committee-introduction/organization/chart/view.do?kccdeptseq=80>>.

61) 발명진흥법 일부개정 공청회안 제55조의4(감정) ① 보호원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제55조의3 제1항 제8호에 따른 감정을 실시할 수 있다.

1. 법원, 수사기관 그 밖에 대통령령으로 정하는 행정기관 또는 공공기관으로부터 재판, 수사 또는 법령에서 정한 업무의 수행을 위하여 지식재산권의 침해 등에 관한 감정을 요청받은 경우
 2. 제43조에 따른 분쟁조정을 위하여 분쟁조정 의 양 당사자로부터 지식재산권 침해 등에 관한 감정을 요청받은 경우
- ② 제1항에 따른 감정의 감정인, 감정대상, 감정절차, 감정방법 및 수수료 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

62) 2016. 10. 18.자 특허청 “발명진흥법 개정 관련 공청회” 참조.

63) 발명진흥법 일부개정안 제55조의4(손해액 산정 등) ① 보호원은 제43조에 따른 분쟁조정을 위하여 분쟁조정 의 양 당사자로부터 요청받은 경우 손해액 산정을 할 수 있다.

- ② 제1항에 따른 손해액 산정의 절차 및 수수료 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

5. 특허소송지원단 사례

특허청은 민사 또는 형사재판 과정에서 등록된 특허에 관한 기술적 사항을 감정함으로써 법원을 지원할 수 있도록 하기 위한 목적으로 2008년 2월 1일부터 ‘특허소송지원단’을 구성하여 운영하였다. 이를 통하여 법원 또는 검찰이 통상의 감정 의뢰가 곤란하거나 특허청의 공신력 있는 의견을 듣기 위하여 협조 요청에 대응하고자 하였다.⁶⁴⁾

당시 특허등록에 관한 소송에 있어서는 특허법원에 기술심리관이 있어 기술적 전문성을 갖췄으나, 민·형사소송에 있어서는 대법원과 서울중앙지방법원에 8명(대법원 6명, 서울중앙지방법원 2명)의 특허청 조사관이 파견되어 있을 뿐이어서 다른 법원의 경우 기술적 전문성 부족 문제가 제기되어왔던 것에 따른 것이다.⁶⁵⁾

특허소송지원단은 「특허·실용신안 심사사무취급규정」 제87조에 근거를 두고 있었다. 동 규정은 심사관은 특허(실용신안)권 침해 및 기술유출과 관련하여 법원·검찰의 문서 요청이 있는 경우에는 특허·기술전문성을 지원하기 위하여 요청된 사건에 대해 기술 대비판단을 수행할 수 있다고 하며(제1장), 요청된 사건과 관련 있는 사건(무효심판, 권리범위확인심판 등)이 특허심판원, 특허법원 및 대법원에 계류 중인 경우(1호), 심사관이 요청된 사건에 대해 의견서를 작성·송부하기 이전에 관련 사건(무효심판, 권리범위확인심판 등)이 특허심판원에 심판 청구된 경우(2호)에는 할 수 없도록 하였다. 심사관이 이에 따라 기술 대비판단에 대한 의견서를 작성하여 소속 과정(팀장) 및 국장의 결재를 받은 후, 해당 심사관 명의로 지원요청기관에 의견서를 송부하고 그 처리결과를 특허심사정책과로 송부하도록 하였다(제2항). 이 의견서 송부는 요청서 접수 후 1개월 이내에 처리하는 것을 원칙으로 하되, 기한대 처리가 어려울 경우 처리 기한을 사전에 지원요청기관에 통보하도록 하였다(제3항). 심사관은 출원·심사·심판이나 재심으로 계속 중에 있는 사건의 내용 또는 특허(실용신안등록) 여부결정·심결이나 결정의 내용에 관하여는 감정·증언 또는 질의에 응답할 수 없다(제4항)고 정하고 있었다.

한편, 지원단의 효과적 운영을 위해서는 법원과 검찰의 공식적인 자문기관으로 채택해야 한다는 지적이 있었으며,⁶⁶⁾ 법원의 경우 초기에는 동 지원단의 역할에 대해 우호적인 태도를 갖고 있지 않았던 것으로 보인다.⁶⁷⁾ 최근에는 소위 ‘송지효 모자’라 불린 ‘폴더팝 캡’ 분쟁에 대해 서울중앙지방법검찰청에 균등관계에 관한 의견서를 제출하는 등 활동이 이루어져왔다.⁶⁸⁾

그러한 상황에서 특허청은 「특허·실용신안 심사사무취급규정」의 제87조 규정을 삭제하는 개

64) “특허청, 특허소송지원단 내달부터 운영”(전자신문, 2008. 1. 31.자 기사).

65) “특허청 ‘특허소송지원단’ 내달부터 운영”(머니투데이, 2008. 1. 30.자 기사).

66) “특허 소송 도와 드립니다!”(YTN, 2008. 2. 1.자 기사).

67) “6개월동안 법원·검찰의 기술감정의뢰 고작 8건”(법률신문, 2008. 9. 18.자 기사).

68) “특허권 분쟁 휘말린 엠케이트렌드, 쟁점은?”(서울파이낸스, 2015. 5. 29.자 기사).

정(2016. 2. 11. 특허청 훈령 제836호)을 통하여 특허소송지원단을 폐지하였다. 그 이유로는 대전지방법검찰청에 특허청의 인력 파견(2015. 12. 3.), 대검찰청에 특허청의 인력 파견(2016. 1.)으로 인한 상황 변화를 들고 있다.⁶⁹⁾

69) 특허청 특허·실용신안 심사사무취급규정 개정 설명자료, <<https://www.kipo.go.kr/ko/kpoBultnDetail.do?menuCd=SCD0200639&parntMenuCd2=SCD0200280&prchId=BUT0000047&pgmSeq=15443&ntatcSeq=15443#1>>.

제4절

지식재산권 관련 소송감정제도의 문제점

1. 소송감정제도 자체의 이유에서 기인한 문제

가. 문제점

첫째, 공정성 확보의 어려움에 대한 문제이다. 이는 재판 과정에서 감정이라는 단계의 중요성이 사적 이익과 결부되는 현상을 나타낸다. 이에 대한 대표적인 사건으로는 2015년의 건설감정비리 사건을 들 수 있다. 2015년 3월 경상남도 거제의 모텔 신축공사 대금을 놓고 건축업자와 건축주가 소송을 진행한 바 있다. 이 소송에서 법원은 A를 감정인으로 정하였는데, A는 건축업자와 건축주 양쪽에 모두 ‘유리하게 감정을 해주겠다’면서 은밀히 제안하였고, 감정이 재판 결과에 미치는 중요성을 알고 있는 양 당사자들이 모두 각각 1,080만 원과 850만 원을 A에게 건넨 사건이다. 또한 A가 속한 회사의 대표 B는 A가 맡아야 할 감정을 다른 기술사들에게 ‘하도급’을 준 뒤, 법원에는 A의 이름으로 감정서를 제출하였다. 이때 통상 감정 비용의 10%가량을 B가 수수료로 받는 관행이 있다는 언급도 있으며, 특히 B는 퇴사한 직원이 소송감정인으로 선정되자 그 직원 몰래 감정을 진행한 뒤 명의를 도용하여 법원에 제출하기도 하였다.⁷⁰⁾ 이와 같은 유형의 사례는 2016년 민사소송법 개정 시 감정 규정 개정의 주요 원인이 되기도 하였다.⁷¹⁾ 감정이 진행되는 과정에 법관이 사실상 구체적인 통제 혹은 감시를 할 수 없다는 현실을 이용하여, 본 사례와 같이 감정을 수행하는 전문가가 자신의 이익을 위해 감정의 공정성과 전문성 등을 훼손하는 사례가 종종 발생하기도 한다.⁷²⁾

둘째, 기울어진 운동장에 비유되는 문제이다. 통상 재판에서 감정의 활용은 증거의 확보 과정에서 이루어진다. 그런데 오랜 기간 소송절차에서 다루어지고 있는 문제인 증거의 구조적 편재 현상은 무기 평등의 원칙을 실질적으로 구현하는 데 가장 큰 장애를 가져오는 요인이다. 이는 감정을 수행함에 있어서도 결국 경제적 지위 등의 차이가 재판 결과에도 영향을 미칠 수 있다는 점을 시사한다. 이러한 문제에 대해서 정부 및 사법부 역시 중요하게 생각하여 왔으며 오랜 논의의 대상이 되어 왔다. 이에 2014년 대법원 ‘사실심 충실화 마스터플랜’을 비롯하여 2019년 민사소송법 개정안(조웅천 의원 대표발의), 2020년 특허법 개정안(이수진 의원 대표발의) 등 이 문제를

70) “유리하게 해주겠다... 법원 감정이 흔들린다”(조선일보 2015. 10. 27.자 기사).

71) 대법원 보도자료(2015.3.23.), “2015. 3. 23. 사실심 충실화 사법제도개선위원회 제2차 회의 개최”.

72) “민간 감정평가, 신뢰도 ‘의문’”(대한뉴스, 2021. 10. 14.자 기사) 등.

해결하기 위한 여러 시도가 이루어지고 있다. 쉘라 재서너프는 “법은 전적으로 합리적인 행동과 진실된 자료 찾기를 체계화하는 노력을 과학과 공유한다. 다만 모든 소송에서 균형의 추는 자원의 비대칭성으로 인해 더 부유한 쪽으로 기울게 마련이다.”라고 지적하기도 한다.⁷³⁾

셋째, 감정결과에 대한 사실상의 기속현상이 증가하고 있는 문제이다. 앞서 감정의 유형 변화에 대해 언급한 것과 같이 법관은 사실문제에 해당하는 다양한 전문적 지식을 갖지 못할 수밖에 없기 때문에 복잡하고 전문성이 상당한 전문소송에 있어서는 사실상 감정결과에 법관이 기속되는 현상이 발생할 수 있게 된다. 이에 관하여 대법원은 “과학적 증거방법은 그 전제로 하는 사실이 모두 진실임이 입증되고 그 추론의 방법이 과학적으로 정당하여 오류의 가능성이 전무하거나 무시할 정도로 극소한 것으로 인정되는 경우에는 법관이 사실인정을 함에 있어 상당한 정도로 구속력을 가지므로, 비록 사실의 인정이 사실심의 전권이라 하더라도 아무런 합리적 근거 없이 함부로 이를 배척하는 것은 자유심증주의의 한계를 벗어나는 것으로서 허용될 수 없다.”⁷⁴⁾라고 하여 법관이 감정결과를 명확한 근거없이 배척하는 것을 금지하고 있다. 즉, 법관이 감정결과에 일정한 정도 기속되는 것을 인정한다. 감정결과에 법관이 일정한 수준 이상으로 기속될 수밖에 없다면, 감정제도는 단순히 법관을 조력하는 수준을 전제로 구성될 것이 아니라, 조금 더 고도화된 제도 체계를 구성할 수 있도록 정비가 필요하다고 볼 수 있다.⁷⁵⁾

나. 감정제도에 대한 2016년 민사소송법 개정 및 그 한계

인증(人證)의 일종인 전문 분야에 관한 감정은 그 내용이 전문적이고 복잡할수록 자유심증주의 원칙 적용에 실질적인 한계가 발생할 수밖에 없다.⁷⁶⁾ 이는 경우에 따라 높은 감정료, 부실 및 불성실한 감정, 감정결과보고의 지연, 도덕적 해이 등 절차의 공정과 신속 및 경제성을 저해하는 문제를 초래하기도 하여 사법개혁의 차원에서 개선이 필요하다는 논의가 이어져왔다.⁷⁷⁾ 특히 건설감정의 경우 어느 분야의 감정보다도 논란의 소지가 많았다. 재판 현실상 감정의 상당 부분을 감정인에게 조건없이 위임하고 있는 실정이다 보니 감정인 선정 및 전문성 등에 대한 문제가 종종 발생하였기 때문이다.⁷⁸⁾

2015년 3월 10일 발족한 대법원의 ‘사실심 충실화 사법제도개선위원회’는 감정절차와 감정결과의 공정성, 투명성 및 신뢰성을 회복하기 위하여 감정인의 전문성을 보장하고 당사자의 참

73) 쉘라 재서너프, 전거서, 85면.

74) 대법원 2007.5.10. 선고 2007도1950 판결.

75) 2016년 대법원과 대한변호사협회가 추진한 재판제도 개선협의회에서 의료감정제도에 대한 개선 논의(<http://lawreview.co.kr/archives/30300>), 그리고 동년의 민사소송법 개정을 통한 감정제도의 개선 등이 그러한 노력의 일환이라 할 수 있다.

76) 강성수, 『전문가 감정 및 전문심리위원 제도의 개선 방안에 관한 연구』, 사법정책연구원, 2016, 33면.

77) 이시윤, 전거서(2017), 50면.

78) 김시열, 전거서, 57면.

여권과 공방권을 확충하는 것을 방향으로 하는 절차개선을 추진하였다. 그 결과 감정인의 자기 역량 고지의무, 감정위임 금지의무 등의 명문화, 감정에 필요한 자료의 사적 제공 금지, 아울러 감정결과에 대한 의견진술 기회 부여 및 구술심리 활성화, 감정인신문방식의 개선 등을 건의한 바 있다.⁷⁹⁾

2016년 3월 29일자로 개정된 민사소송법 감정 관련 규정은 사실심 충실화 사법제도개선위원회 의견의 건의를 반영⁸⁰⁾한 전해철 의원 대표발의(의안번호 16056) 및 손해액 입증 완화를 개정 내용으로 하는 김희선 의원 대표발의(의안번호 1917826)의 각 민사소송법 개정안 내용을 통합·조정하여 법제사법위원회 대안으로 제안된 것이다. 다만, 감정절차와 관련한 사항은 전해철 의원 대표발의의 민사소송법 개정안에만 포함되어 있었으며, 현행 민사소송법의 관련 규정 역시 그와 거의 동일한 내용으로 개정되었다.

개정 내용을 살펴본다. 첫째, 감정인의 의무에 관한 사항이다. 이는 과거 건설감정에서 나타난 부실 감정, 통외주(일괄 하도급) 등의 심각한 문제 등을 고려한 것으로, 그 동안 명시적인 근거 규정 없이 적용되어 오던 감정인의 의무를 법률에 명시적으로 규정함으로써 부실한 감정에 대해 보다 엄격하게 대응하고 감정의 전문성 및 신뢰성을 높이고자 한 것으로 볼 수 있다.⁸¹⁾ 또한 복수감정 제도를 활용하도록 구체화하고 있다. 일반적으로는 전문가 1인이 감정인으로 지정되는 것이 일반적이나 민사소송법 제339조에서 여러 감정인에게 감정을 명하는 경우에 다 함께 의견을 진술할 수 있게 할 수 있도록 규정하고 있는 점 등을 고려할 때 기존 규정하에서도 복수감정 제도는 인정된다고 할 수 있다.⁸²⁾ 다만, 다수의 감정인들이 하나의 감정을 수행할 경우 사실상 감정의 위임이 발생할 가능성이 있으므로 이를 방지하기 위하여 복수 감정인이 공동으로 감정을 수행 시 모두 법원의 지정을 받도록 한 것이다.

둘째, 감정진술 및 감정인신문의 방식에 관한 사항이다. 제출된 감정결과에 대한 내용을 검증하는 과정이 실무상 적절히 이루어지지 않는다는 문제에서 기인한 개정이다. 실무적으로 변론기일 혹은 사실조회 등을 통하여 당사자로 하여금 감정결과에 대한 의견을 진술할 수 있도록 하고 있으나, 이를 보다 명확하게 절차적으로 보장하고자 하는 것이다.

감정인신문은 감정인에게 최초로 출석을 요구하여 선서를 시킨 후 감정사항을 알리고 감정을 명하는 것과 감정인이 감정결과를 서면으로 제출한 후 법원에 대하여 보충진술을 하는 것으로 의미가 구분된다.⁸³⁾ 민사소송법 제339조의2에서의 감정인신문은 후자를 대상으로 하는 것으로 볼

79) 대법원 보도자료(2015.3.23.), “2015. 3. 23. 사실심 충실화 사법제도개선위원회 제2차 회의 개최”

80) “성폭력피해자 ‘원격’ 증언 가능해지나”, 머니투데이 기사, <[https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2015071500557627144&outlink=1&ref=https%3A%2F%2Fsearch.daum.net/Jul 15, 2015.](https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2015071500557627144&outlink=1&ref=https%3A%2F%2Fsearch.daum.net/Jul%2015,%202015.)>.

81) 강성수, 전계서, 220-222면.

82) 강성수, 전계서, 223면.

83) 법원행정처, 전계서, 160면.

수 있다. 감정인신문의 방식을 별도로 규정하지 않았을 때에는 실무적으로 감정인신문과 민사소송법 제340조의 감정증인 신문이 명확히 구별되지 않는 경향도 나타났으나, 양자를 명확히 구분하여 감정인신문의 경우 증인신문과 달리 하였다. 감정인신문과 관련하여서는 교호신문에 따른 당사자 측의 부담을 덜기 위하여 증인신문 방식을 준용하지 않도록 하고, 직권신문을 원칙으로 하되 당사자의 보충신문권을 보장하였다.

셋째, 비디오 등 증계장치 등에 의한 감정인신문에 관한 사항이다. 이는 공익적 성격으로 인하여 적은 감정료를 감수한 상황에서 본래의 업무 외에 시간을 내야 한다는 점, 당사자 및 대리인을 대면하여 공방하여야 하는 점 등 감정인에 미치는 부담을 고려한 것이다. 부담으로 인하여 감정인 또는 감정증인의 법정 출석이 회피되는 상황에서 이들을 법정에 출석하도록 강제하는 것보다 법정에 출석하지 않더라도 그 진술을 들을 수 있도록 하는 절차를 마련하는 것이 타당하다는 점이 반영된 것이다.⁸⁴⁾ 특히 교호신문 방식을 택하고 있는 증인신문과 달리 감정인신문의 경우 직권신문을 원칙으로 하되 당사자의 보충신문권을 보장하는 제339조의2와 관련하여서도 타당성이 인정된다.

감정인의 경우에는 감정결과에 대한 법원 및 당사자의 질의 등이 상당히 부담스럽게 인식되고 있는 것이 보통이다. 그러다 보니 감정인의 감정 기피 현상을 고려하여 감정인신문을 잘 활용하지 않는 경향이 나타나기도 한다.⁸⁵⁾ 이는 결국 양질의 감정결과 획득 및 이를 통한 분쟁의 효과적 종식을 저해하는 요인으로 작용한다는 실무에서의 지적도 있다. 이에 감정인신문 과정에서 감정인으로 하여금 지나치게 부담을 갖지 않을 수 있도록 하여 감정 기피 현상을 개선하는 효과를 기대한 것으로 보인다.

넷째, 감정의 촉탁에 관한 사항이다. 감정촉탁은 개인이 아닌 공공기관 등에 대해 법원의 필요에 의하여 직권으로 하는 것인데, 감정촉탁의 경우에 제출된 감정서가 불명하거나 불비한 점이 있으면 그 촉탁받은 공공기관 등의 구성원 중 감정에 관여한 사람에게 감정서의 보충설명을 요구할 수 있다(제341조 제2항). 이때 이루어지는 촉탁감정기관 신문에 대해 감정인신문에서 증계장치를 이용할 수 있도록 한 것을 준용함으로써 촉탁감정을 수행할 수 있는 전문기관들의 감정 기피 현상 역시 개선할 수 있도록 한 것이다. 저작권법 제119조에 따른 저작권 감정의 경우 실제 감정을 수행한 전문가와 감정촉탁기관 중 누가 신문 등에 대응하여야 할 것인지에 대해 논란이 있었던 것⁸⁶⁾은 감정인신문 등에 대한 부담을 잘 보여주는 사례이다. 이를 통하여 충실하고 효율적인 증거조사를 가능하게 할 수 있을 것을 기대한 것이다.

이와 같은 2016년의 민사소송법 개정은 그간 감정제도의 운영에 있어서 지적되던 문제들을

84) 강성수, 전계서, 240면.

85) 윤재윤, “전문소송의 감정절차에 대하여 -건설감정의 표준절차를 중심으로-”, 법조, 제51권 제11호, 2002, 262면.

86) (사)한국소프트웨어감정평가학회 제29회 추계학술대회(2018. 11. 16.) 패널 토의 내용 참조.

상당 부분 개선할 수 있는 기회가 되었다고 본다. 다만, 이에 대한 한계 역시 여전히 잔존하고 있다. 개정된 규정은 감정을 수행하는 전문가에게 적절한 감정결과를 도출하기 위한 여러 의무를 부여하고 있다. 그런데 이러한 의무부여 방식의 규제가 갖는 한계는 사후적으로 의무 위반에 대한 처벌을 하는 것으로는 어느 정도 감정의 신뢰성과 공정성, 전문성 등을 확보하는 데 도움이 될 뿐, 근본적인 해결이 될 수가 없다는 것이다. 감정인의 구체적인 감정 과정을 통제하기 어렵다는 현실을 고려할 때 현행 민사소송법 규정이 부여하고 있는 감정인에 대한 의무가 제도의 역할은 할 수 있을 것이나 이로 인하여 감정의 적절성이 명확히 확보될 수 있다고 보기에는 다소 무리가 있다고 생각한다.

2. 지식재산권 소송의 특성에서 기인한 문제⁸⁷⁾

첫째, 지식재산권 재판 과정에서 이루어지는 감정절차 활용상의 특수성에 따른 문제이다. 다양한 전문분야에 관한 재판에서 감정절차가 많이 활용되고 있는데, 지식재산권과 관련한 재판과 다른 재판에서 감정절차를 활용함에 있어서 가장 큰 차이는 지식재산권 관련 재판의 경우 각 사안의 개별성이 상당하다는 데 있다. 통상 재판과정에서 감정절차를 활용 시 감정인 지정은 어느 정도 일정한 규칙에 의해 선정이 가능할 수 있으며, 다른 전문가로 감정인을 대체하는 것 역시 크게 문제되지 않는 선에서 이루어질 수 있다. 그러나 지식재산권 분야의 재판에서는 사안의 전문성, 분야의 다양성 등의 요인으로 인하여 각 사안을 해결하는 데 적합한 감정인을 조사하고 지정하는 과정이 개별적으로 다루어져야 한다는 데 큰 차이를 보인다. 이러한 특징으로 인하여 재판실무상 개별 사안의 진행 과정에서 적절한 감정인을 발굴하고 이를 감정인으로 선정하는 과정이 재판부 입장에서는 상당한 어려움과 부담으로 작용하고 있다는 문제가 있다.

둘째, 감정결과와 판결 사이의 밀접성이 매우 높다는 점 역시 문제로 지적된다. 지식재산권과 관련한 재판에서 감정이 수행된 결과가 제시된다면, 현실적으로 그 감정결과가 해당 재판의 최종 판결에 매우 밀접한 영향을 미치게 될 수밖에 없다. 이에 재판부는 지식재산권 관련 재판 과정에서 감정을 수행함에 있어서 매우 신중하게 다루게 된다. 다른 분야와 달리 지식재산권 관련 재판에서 감정이 수행되는 경우에는 그 감정 내용이 기본적으로 권리에 대한 사항과 연결되어 있는 것이 일반적이며, 이러한 점은 감정을 수행하는 데 있어서 어느 정도 권리에 대한 판단이 감정과정에 어떠한 형태로든 수반될 수밖에 없으므로 감정을 수행하는 주체의 신뢰성이 매우 중요하게 작용하기 때문이다. 또한 특허권은 대세효를 갖고 있다는 점에서 다른 경우에 비해 특허 소송 등의 공공성이 높게 존재하며, 이 공공성으로 인하여 감정을 위해 전문가를 활용 시 법원 및

87) 이 문제점은 지식재산권 관련 소송을 수행하는 법관 등 전문가를 대상으로 한 인터뷰 내용을 기반으로 정리한 것이다.

양 당사자, 그리고 국민 모두에게 유리한 전문가가 활용되어야 한다고 지적되기도 한다.⁸⁸⁾ 본래 사실에 대한 판단과 규범의 판단은 감정인과 법관으로 명확히 구분되어야 하는 것이나, 지식재산권 관련 재판에 있어서는 이러한 구별이 명확히 나누어지지 않고 다소 섞여 있는 특징이 있으므로 타 분야에 비하여 감정인에 대한 신뢰성 요구가 더욱 높게 나타나는 현상이 존재한다. 더욱이 신뢰성(공신력)이 확보된 감정인에 의한 감정은 재판 과정에서 불필요한 논쟁을 피할 수 있으므로 재판 진행의 효율성을 위해서도 중요하다.

셋째, 고가(高價)의 감정비용 역시 문제로 지적된다. 이는 소송감정이라 하더라도 해당 사건의 당사자 일방 혹은 양 당사자가 감정비를 지급하는 민사소송과 달리, 형사소송의 경우 특히 문제가 된다. 형사소송 과정에서 이루어지는 국가가 감정비용을 부담하게 되는데, 국가예산을 사용한다는 점으로 인하여 재원 활용의 한계가 상당한 상황이므로 높은 감정비용은 부담이 되며, 이는 재원의 배분이 충분히 이루어지기 어렵게 하는 요인으로 작용한다. 그렇기 때문에 각 재판부는 필요한 그리고 적절한 감정을 거치지 못하게 될 여지가 높은 것이 현실이다. 한편, 민사소송의 경우라 하더라도 높은 감정비용은 감정의 활용을 낮추는 요인이 되기도 하는데, 더군다나 적정 감정비용이라는 것의 기준이 존재할 수도 없다 보니 공신력 있는 감정인에 의한 감정비용 산정을 통하여 일련의 기준이 형성되도록 하는 것의 필요성도 제기된다.

3. 소결

소송감정의 수요자는 1차적으로는 법관이라 할 수 있다. 그리고 실무적으로 감정인을 지정하기 위해서는 특정한 대상에 대해 사건 양 당사자의 동의를 받는 것을 전제로 하고 있어, 사건의 양 당사자(대리인) 역시 제도의 2차적 수요자가 될 수 있다. 아울러 지식재산권 관련 재판에서 이루어지는 감정은 그 특성상 단순히 기술적 전문성만 요구되는 것은 아니고, 기술적 판단의 이면에 지식재산권이라는 권리가 고려된 전처리가 요구될 수 있다는 점에 복합적 전문성을 요구받기도 한다. 법관이 감정결과에 상당히 높은 수준의 의존도를 갖게 되는 지식재산권 관련 재판에 있어서는 이와 같은 요구는 재판부로 하여금 높은 부담으로 작용된다.

이러한 구조와 특징을 전제로 앞서 살펴본 문제점들을 종합하면, 현재 지식재산권 관련 소송에서 소송감정제도가 갖는 문제로는 ‘감정을 낮은 비용 부담으로 쉽게 믿고 맡기는 것이 곤란’이라 정리할 수 있다. 이를 구체적으로 보면, i) 감정이 필요한 경우 수행해야 할 사항을 비용의 제약으로 달리하지 않고 감정을 수행할 수 있도록 해야 한다는 것, ii) 감정인의 공정성과 전문성이 보장되어야 한다는 점, iii) 필요한 감정인을 효율적으로 특정 및 지정할 수 있어야 한다는

88) 정차호·신혜은, 전계논문, 157면.

점, iv) 다분야의 복합적 검토가 가능한 감정체계를 갖추어야 한다는 점으로 구분할 수 있다.

2016년 민사소송법의 개정으로 감정제도에 대한 많은 문제를 해결하였지만, 지식재산권 관련 재판의 측면에서는 여전히 많은 문제를 갖고 있다. 앞서 언급한 지식재산권 관련 재판이 다른 전문분야의 재판과 달리 특수성을 갖고 있기 때문이다. 특히 감정의 측면에서 볼 때, 사안의 개별성이라는 특징은 일반적인 소송제도의 개선만으로 소송감정 문제를 충분히 해결하는 데 한계를 가질 수밖에 없음을 알 수 있다. 즉, 이 문제를 해결하기 위해서 민사소송법 등과 같은 일반 소송규범을 개정하는 방안도 의미가 있지만, 기존의 소송법하에서 구체적인 제도 구성 등을 통하는 방안의 논의가 많은 의미가 있을 것으로 생각된다.

법·제도 연구
지식재산권 소송에서 법관의 전문성 조력에 관한 연구
- 감정제도를 중심으로 -

제3장
**해외 주요국의 제도
현황 및 관련 논의**

제1절 미국
제2절 일본
제3절 중국
제4절 검토

제1절 미국

1. 전문가 증언(Expert Testimony) 제도

가. 제도 개관

증거에 관한 연방규칙(the Federal Rule of Evidence)은 Rule 701 이하에서 소송상의 전문가 증언에 관한 사항을 명시하고 있다.⁸⁹⁾ 전문가 증언은 주로 전문적인 지식이 필요한 특허소송, 의료소송 등에서 많이 사용되며, 이에 참여할 수 있는 전문가는 학위의 존재, 훈련 등을 증명할 수 있는 지식인이 아니더라도, 해당 분야에 대한 전문적 지식을 갖춘 것을 인정할 수 있는 사람이라면 가능하다.⁹⁰⁾ 전문가가 하는 증언은 전문가가 아닌 일정요건을 갖춘 일반인이 사실에 관한 증언을 하는 ‘의견’과 달리, 전문지식을 가진 전문가가 해당 재판에서의 쟁점이나 사실관계에 대해 의견을 제시하는 ‘증언’에 해당한다. 전문가 증언이 이론적인 사항, 추측에 의한 사항, 비현실적이고 모순적인 가정에 근거한 사항 등인 경우에는 해당 증언은 사실인정자에 의하여 배제된다.⁹¹⁾

전문가 증언은 연방증거규칙(FRE) 제702조에 의한 것과 동 규칙 제706조에 의한 것으로 구분된다. 전자를 Party-Sponsored Expert라 하는데, 일정한 요건하에서 당사자가 스스로 선정하여 신청한 전문가 증인의 증언을 할 수 있도록 하는 것이다. 반면, 후자는 Court-Appointed Expert라 하는데, 당사자가 선정하는 전문가 증인과는 별개로 법원이 당사자의 신청이나 직권으로 중립적인 전문가 증인을 임명할 수 있도록 하는 제도이다.⁹²⁾ 후자의 경우 우리나라 소송법상의 감정과 유사한 제도로 할 수 있는데, 미국에서 오랜 기간 필요성의 주장들이 많이 제기되는 현실과 달리,⁹³⁾ 연방증거규칙 제706조에 의하여 법원이 전문가를 선임하는 경우는 드물다는 차

89) Rule 702. Testimony by Expert Witnesses

A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if:

- (a) the expert's scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue;
- (b) the testimony is based on sufficient facts or data;
- (c) the testimony is the product of reliable principles and methods; and
- (d) the expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case.

90) 조국현, 『미국 증거법』, 진원사, 2019, 335면.

91) Raymond J. Dowd, 『Copyright Litigation Handbook (2011 edition)』, WEST(Thomson Reuters), 2011, §15:24.

92) 강상욱 외 16인, 『외국사법제도연구(16) - 각국의 전문가 감정 및 증언 등의 운영실무-』, 법원행정처, 2014, 3-4면.

이가 있다.⁹⁴⁾ 이는 직권주의가 작용되는 우리나라와 달리 미국은 대심적 증거 제출을 중심으로 재판시스템이 이루어지므로 법원이 전문가를 선정하는 것은 그러한 시스템하에서는 사실확정이 곤란한 예외적인 경우에 한하여 활용되는 경향이 있기 때문이다.⁹⁵⁾ 변론주의라는 대원칙을 유지 하되 변론주의에 의한 절차진행이 실패한 경우에 한정하여 법원이 선임한 전문가 증언을 활용한다는 기조가 강하기 때문이다.⁹⁶⁾ 그럼에도 불구하고 동 규칙 제706조의 관한 논의는 더욱 우리 소송법상의 감정에 유의미한 시사점을 준다고 할 수 있다.

미국 연방사법센터(Federal Judicial Center)의 조사결과(1998년)⁹⁷⁾에 따르면 민사소송에서 전문가 증언이 가장 흔히 사용되는 소송 유형은 불법행위 사건(전체의 45%)이고, 그중에서도 상해·의료과오소송, 시민권 사건, 계약 사건, 그리고 지식재산권 사건 순으로 나타났다. 특히 지식재산권 사건의 경우 특허사건이 중심이 되며 전체의 10%를 차지하는 정도로 중요한 비중을 차지한다. 아울러 특이한 점은 우리와 달리 법률 전문가 등의 전문가 증언 참여 비중이 약 22%로 상당하다는 점이다. 한편, 다른 조사에서는 법관들을 대상으로 하여 법원이 선임한 전문가가 도움이 된 사례를 조사하였는데, 응답자의 절반 이상이 특허사건을 지목하였으며, 그 외 지식재산권 영역에 포함되는 세부 사례 유형도 다수 존재하였다.⁹⁸⁾

93) Anthony Champagne, Danny Easterling, Daniel W. Shuman, Alan Tomkins, Elizabeth Whitaker, "Are court-appointed experts the solution to the problems of expert testimony", *Judicature*, vol.84, no.4(2001), pp.178-180.

94) Joe S. Cecil, Thomas E. Willging, "Court-Appointed Experts", *Reference Manual on Scientific Evidence*, Federal Judicial Center, 1994, p.529(강상욱 외 16인, 전게서, 5면에서 재인용).

95) 강상욱 외 16인, 전게서, 5면.

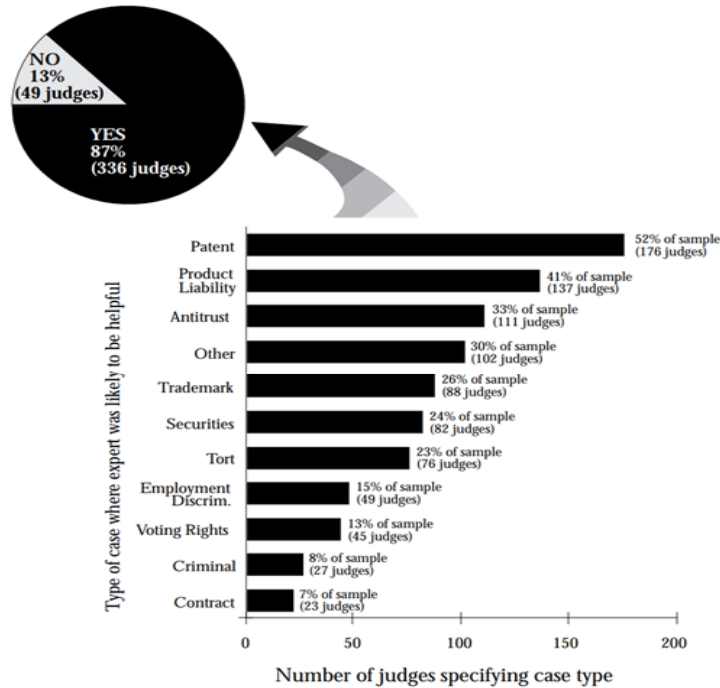
96) Joe S. Cecil, Thomas E. Willging, *supra* note 94, pp.540-542.

97) Molly Treadway Johnson, Carol Krafka, Joe. S. Cecil, "Expert Testimony in General Civil Trials - A Preliminary Analysis", *FJC(2000)*(강상욱 외 16인, 전게서, 17-18면에서 재인용).

98) Joe S. Cecil, Thomas E. Willging, *supra* note 94, pp.540-542.

그림 1 | 연방증거규칙(FRE) 제706조에 의한 전문가 증언이 효과적인 사건 분야

Figure 2
Are Rule 706 Experts Helpful in Particular Types of Cases?



Note: Of the 537 judges surveyed, there were 385 respondents to this question. Forty-six of the 431 who answered the first question did not answer this one (all of those judges had answered no to the first question).
In the "Other" category, the most common responses were "Depends on particular case" (twenty-seven judges) and "All cases" (nineteen judges).

나. 제도적 문제에 대한 논의

연방증거규칙에 의한 전문가 증언, 특히 동 규칙 제706조에 의한 전문가 증언 제도에 대해서는 전문가 선정에 대한 논쟁이 다수 이루어지고 있다. 주요한 내용을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 전문가의 편향성에 대한 문제이다. 법원에 의하여 선임된 전문가는 당사자에 의한 전문가에 비하여 법적 의미에서는 상대적으로 중립성을 충분히 갖추고 있다.⁹⁹⁾ 그러나 이러한 표면적 중립성 이외에 해당 전문가에 내재된 편향 문제가 논의되고 있다. 이는 몇 가지 세부적인 형태로 구분해서 이루어진다. 먼저, 전문가 선정 과정에서 법원이 쉽게 인식하기 어려운 연결고리에 대한 문제가 논의되는데, 선정되는 전문가에 대한 연결고리를 모두 알 수 없다 보니 *Gates Rubber Company v. Bando American, Inc.* 사건¹⁰⁰⁾에서와 같이 부적절한 전문가 선정이 이루어지는 문제도 존재한다.¹⁰¹⁾ 다음으로는 전문지식 자체의 관점에 의한 문제가 논의된다. 전

99) Tahirih V. Lee, supra note 8, pp.497-499.

100) *Gates Rubber Co. v. Bando American, Inc.*, 798 F. Supp. 1499 (D. Colo. 1999).

문가의 견해는 문화적 배경, 그리고 전문지식 그 내부의 입장(예를 들어 학설 등) 등에 의하여 구체화되는데, 이러한 요소는 전문가의 입장에 영향을 미치게 된다는 것이다.¹⁰²⁾ 이 문제는 복수의 전문가를 활용(당사자에 의한 전문가 포함)할 때 양자 간의 의견 차이에 의한 부담으로도 나타난다. 결국 누구의 의견을 우선시킬 것인지에 대한 문제가 된다.¹⁰³⁾ 다만, 법적 측면에서의 편향이 아닌 한 전문가로서 전문지식에 대한 내재적 편향은 재판의 공정성을 위해 불가피한 것으로 보아야 한다는 견해도 있다.¹⁰⁴⁾ 마지막으로 여러 대립되는 전문가들의 의견 속에서 법관이 갖는 한계가 상당하므로 이 경우 법원에 의하여 선정된 전문가 활용이 의미를 갖는다고 한다.¹⁰⁵⁾ 이러한 점으로 인하여 법원이 선임한 전문가는 특히 외관으로서의 중립적 모습이 나타나야 할 것이 요구된다.¹⁰⁶⁾

둘째, 전문가 선정에 소요되는 법원의 노력과 비용 부담에 대한 문제이다. 법원이 특정한 분야에 대한 공정한 전문가를 찾는 것은 쉬운 일이 아니다. 이 점은 미국에서 법원이 스스로 전문가 선정을 하는 것을 기피하는 원인이 되기도 한다.¹⁰⁷⁾ 앞선 전문가의 편향 문제를 회피할 수 있는 적절한 전문가를 찾는 것, 즉 진정한 중립적 인물을 찾는 것은 매우 어려운 일로 지적된다.¹⁰⁸⁾ 그런데 법원이 이를 위한 노력과 비용을 지속적으로 부담하는 것이 그리 타당하지 않다는 비판이 상당하다.¹⁰⁹⁾ 왜냐하면 전문가를 선임하기 위해서는 해당 사례에 대한 철저한 이해와 관련 전문 분야에 대한 사전 연구가 요구되는데, 변론주의 체계에서 법관이 이러한 개입을 하지 않는 경향이 있을 뿐 아니라 다른 사법적 업무에 소요될 시간을 할애해야 하는 면이 있다 보니 법원에 있어서는 상당히 부담되는 과업이 된다. 이와 같은 모습은 재판을 통한 진실 추구에 방해가 되는 문제이므로 개혁의 대상이 된다고 한다.¹¹⁰⁾

셋째, 의사소통의 어려움에 대한 문제이다. 전문가들을 광범위한 지식을 가지고 있으나 그 지식을 전문가가 아닌 사람이 이해할 수 있도록 정보를 적절히 제공하지 못할 수 있다.¹¹¹⁾ 이는 전

101) Ellen E. Deason, "Court-Appointed Expert Witnesses: Scientific Positivism Meets Bias and Deference", *Oregon Law Review*, vol.77, no.1(1998), pp.100-101.

102) *Id.*, pp.101-103, 116.

103) *Id.*, pp.122-123.

104) Tahirih V. Lee, *supra* note 8, pp.497-499.

105) Joe S. Cecil, *supra* note 94, pp.540-542.

106) Anthony Champagne, Danny Easterling, Daniel W. Shuman, Alan Tomkins, Elizabeth Whitaker, *supra* note 93, p.183.

107) Joe S. Cecil & Thomas E. Willging, 『Court-appointed Experts: Defining the Role of Experts Appointed Under Federal Rule of Evidence 706』, Federal Judicial Center, 1993, pp.21-23.

108) Joe S. Cecil & Thomas E. Willging, *supra* note 107, pp.21-22.

109) Tahirih V. Lee, *supra* note 8, p.499.

110) Tahirih V. Lee, *supra* note 8, p.499.

111) <https://www.hgexperts.com/expert-witness-articles/the-problems-facing-expert-witness-testimony-and-how-to-avoid-them-43049> (검색일: 2022.08.03.).

문가 증언을 활용하고자 한 법관의 의도를 충족시키지 못한 것이며, 제도의 역할을 충분히 하지 못한 것이 되므로, 전문가와 법관 사이의 의사소통은 매우 중요하게 보장될 수 있어야 한다. 적절한 의사소통이 전제되지 않은 전문가의 일방적 의견 전달은 오히려 법관에게 혼란을 가져다주는 원인이 되기도 한다.¹¹²⁾ 소프트웨어에 대한 저작권 침해 판단을 다투는 소송에서 전문가의 분석 결과가 기술적 시각의 보고서가 아니라 기술적 분석 결과를 법적 시각의 보고서로 작성하여 법원에 제공하여야 하는 것이 중요하다는 주장도 이러한 측면에서 의미가 있다.¹¹³⁾

2. 기타 유관 제도

가. 마스터(Master)¹¹⁴⁾

미국 소송제도에서 마스터(Master)란 법원에 의하여 판단의 조력자로서 특별한 사안의 해결 및 조사를 하도록 하는 자연인을 의미하며, 연방민사절차규칙(Federal Rules of Civil Procedure) Rule 53에서 규정하고 있다. 본래는 “special master”¹¹⁵⁾로 불리었으나 2003년 이후부터는 기존의 소송상 수행 역할보다 확장된 업무를 수행하게 되면서 보다 일반적인 용어인 “master”라 지칭하게 되었다.

연방민사절차규칙 Rule 53에는 상당한 이유가 있거나 혹은 예외적인 상황에서 제한적으로 마스터를 활용할 수 있음이 명시되어 있다. 자문위원회(Advisory Committee)에 따르면, 판사가 법정에서 자신의 주된 임무를 충실히 수행하여야 한다는 점을 강조하면서 마스터의 임명은 반드시 예외적으로 이루어져야 한다고 제시하고 있다. 그러나 사안에 따라 판사 개인이 능력을 갖추지 못한 전문적이고 특수한 사안에 대한 문제는 해당 분야의 전문성을 갖춘 자에 의하여 해결 하도록 하는 것이 시간과 자원의 효율성이라는 측면에서 필요한 상황도 존재한다. 예를 들어 마스터는 복잡한 기술적 정보를 분류하거나 판결 또는 조정의 집행 기타 소송관련 명령의 이행을

112) Joe S. Cecil & Thomas E. Willging, supra note 94, pp.21-22; Ellen E. Deason, supra note 101, pp.60-62.

113) Vinod Polpaya Bhattathiripad, “FORENSICS OF SOFTWARE COPYRIGHT INFRINGEMENT CRIMES: THE MODERN POSAR TEST JUXTAPOSED WITH THE DATED AFC TEST”, Journal of Digital Forensics, Security and Law, vol.9, no.2(2014) p.81.

114) 이 부분은 김시열, 전계서에서 인용하였다.

115) 특별판사보좌관 방식의 외부 인력의 활용은 전형적인 개시절차(discovery)나 데포지션(deposition)에서 기존의 법원 구성원인 부판사(magistrate judge)가 처리하는 것에 대비하여, 규모가 매우 크거나 사건처리에 고도의 능력이 필요한 사안에서는 특별 판사보좌관(special master)이 맡는 것이 좀 더 효율적이라는 점에서 특색이 있다. 그럼에도 불구하고 구체적인 사례에서 이 두 가지 방법 중 어느 것이 더 적합하나를 결정하는 것은 쉬운 일이 아니다. 다만 최근에는 특별판사보좌관을 활용하는 데 비용이 많이 든다는 점이 부담으로 작용하는 경우가 많다고 지적되고 있다. 함영주, “미국 연방지방법원의 대표당사자소송 운영의 경험을 통해 본 우리 집단소송제의 바람직한 운용 및 입법방안”, 민사소송: 한국민사소송법학회지, 제12권 제1호, 2008, 118-119면.

감독하는 데 매우 유용한 도움을 제공할 수 있다는 것이다.

마스터의 활용은 판사의 자유재량이며, 마스터를 활용하기 전에 법원은 반드시 분쟁 당사자에게 이를 공지하고 이에 대한 의견을 제기할 수 있는 기회를 주어야 한다. 이후 마스터의 활용이 연방민사절차규칙 Rule 53에 따라 허용되면 법원은 당사자가 이후에 반대하더라도 임명할 수 있다. 법원은 마스터의 권한과 책임과 관련하여 야기될 수 있는 혼란을 방지하기 위하여 마스터를 임명할 때 마스터의 권한과 책임, 보수¹¹⁶⁾ 등¹¹⁷⁾을 구체적으로 명시하여야 한다.

마스터는 증거의 강제, 취합, 기록에 관하여 법원과 동일한 권한을 가지는데, 다른 별도의 규정이 없는 한 제출된 증거의 결정, 제시 방법 등을 결정할 상당한 재량권을 가진다. 또한 마스터는 해당 사안에 대한 사실관계를 발견하여 법원에 보고서 또는 주문을 제출하며, 가능한 구체적이고 명확한 이유와 근거를 함께 제시하여야 한다. 마스터는 의무를 수행함에 있어 연방민사절차규칙 Rule 53에 따라 법원 또는 당사자 일방과 의사교환을 하는 것이 금지된다. 판사의 자격상실(제척사유)과 관련한 명문의 규정은 마스터에게도 동일하게 적용되지만, 마스터는 판사와 동일하지는 않으므로 당사자들이 마스터에게 발생할 수 있는 잠재적 부적격사유에 대하여 포기할 것을 합의하는 경우에는 마스터의 지위가 유지될 수도 있다.

법원은 마스터의 보고서, 주문 또는 추천서 등을 새로이 검토하여 채택, 확정, 수정 또는 거절할 수 있다. 이때 법원은 사전에 분쟁당사자에게 이를 공지하고 의견청취를 하여야 한다.

마스터는 ① Consent Master, ② Trial Master, ③ Pretrial and Post Trial Master의 세 가지 유형으로 분류될 수 있다. 연방민사절차규칙 Rule 53에 따르면 마스터는 위의 세 가지 유형, 즉, 각 마스터를 사용하는 목적의 범위에서만 활용할 수 있다고 규정하고 있다.

첫째, 연방민사절차규칙 Rule 53은 당사자들의 합의에 의한 의무의 이행을 위해 법원에 마스터를 임명할 권한이 있음을 명백히 규정하고 있는데, 당사자의 신청에 의해 정해지는 마스터를 Consent Master라 한다. 당사자들의 합의에 따른 권한의 범위에는 제한을 두고 있지 않으므로 당사자들은 본안과 관련된 결정은 물론 소송 전반에 관한 업무를 마스터에게 수행하도록 할 수 있다. 그러나 법원은 배심재판의 경우 당사자의 합의에도 불구하고 마스터를 임명하지 않을 수 있다. 반면 당사자는 법원의 마스터 결정 이전에 재판에 대해 합의할 수 있으므로 당사자들이 배심재판을 받을 권리를 포기하고 마스터가 주재하는 bench trial을 선택할 수 있다. 일단 마스터에 관하여 당사자들이 합의하면, 그들은 일반적으로 그들의 합의를 철회할 수 없고, 다만 마스터의 권한 확장에 대한 이의를 제기하거나 사정변경을 이유로 임명의 취소를 구할 수 있을 뿐이다.

둘째, 연방민사절차규칙 Rule 53은 (1) 예외적인 상황이거나 (2) 회계업무의 이행 또는 난해

116) 보통 마스터의 보수는 당사자들에 의해 지급되지만 법에 의해 조성된 기금으로도 지급될 수 있다.

117) 조사와 의무의 강화를 포함하는 마스터의 의무, 마스터 권한에 대한 제한사항, 당사자 또는 법원과 일방적의사교환의 금지에 관한 사항, 마스터가 공식적으로 기록하여야 하는 사안에 대한 보관, 기록을 위한 도구, 마스터의 보수에 관한 사항 등이 해당된다.

한 손해의 산정 문제를 해결하기 위해 법원이 마스터를 임명하여 재판절차 내에서 활용하는 것을 허용하고 있으며, 이 역할을 하는 자를 Trial Master라 한다. 여기서 재판절차는 재판 자체뿐 아니라 그 밖의 공격과 방어에 관한 본안에 대한 예비심리(evidentiary hearing)를 포함하며, 사전금지청구심리와 복잡한 손해의 산정을 위한 심리를 포함한다.¹¹⁸⁾ Trial Master는 당사자의 합의 없이 재판절차의 이행을 위해 법원이 마스터를 임명하는 것으로 규칙에 따라 예외적인 상황에서만 정당화될 수 있다. 그 밖에도 법원은 복잡한 손해의 산정이나 회계에 관련한 판결에서는 해당 사건의 진실을 발견하기 위해 마스터에게 맡길 수 있다. 이러한 사안의 경우 당사자의 합의나 예외적인 상황이라는 요건을 충족시키지 않아도 임명할 수 있다.

셋째, 판사는 시의적절하게 또는 효과적으로 사전심리를 할 수 없다고 판단되면, 그 실행을 위해 마스터를 임명할 수 있는데, 이를 Pretrial Master라 한다. 2003년 연방민사절차규칙 Rule 53의 개정(수정) 이후 예외적인 상황이라는 조건은 Pretrial Master를 임명하기 위하여 요구되지 않는 것이 명백해졌다. 그러나 Pretrial Master는 오직 그 필요가 명백한 경우에 한하여 임명되어질 수 있다. 만약 논의 중인 문제가 magistrate judge에 의해 다뤄질 수 있는 것이라면 법원은 마스터를 임명하는 것보다는 magistrate judge에 의하여야 한다. 또한 법원은 판결 중 복잡한 사안의 집행을 위해 마스터를 임명하여 실행하도록 하고 있는데, 이를 Post Trial Master라고 한다. 법원은 특히 어렵거나 많은 시간이 소요될 것 같은 사안에 대하여 당사자가 법원의 명령을 이행하는지 감시하기 위해 마스터를 임명할 수 있다.¹¹⁹⁾

나. 법정조언자(Amicus Curiae)

Amicus Curiae는 라틴어로 ‘법정의 친구(friend of court)’를 의미하며, 소송당사자는 아니지만 해당 소송 대상에 이익을 갖고 있어 본인의 요청 또는 법원이 직권으로 해당 사건에 대해 의견서를 제출하도록 요청한 자이다.¹²⁰⁾ 법정조언자 제도¹²¹⁾는 영미법 국가에서 발전한 제도¹²²⁾이며, 법정조언자가 본래 중립적인 역할을 하였던 것과 달리 최근에는 소송당사자와 제3자

118) “재판절차” 외에 그 밖에 다른 활동사이의 구분이 명확한 것은 아니기 때문에 법원은 가능한 한 이를 구분하여야 하고, Trial master의 임명을 위해서 예외적 상황 등의 이유를 명확히 하여야 한다.

119) 그 예로 법원은 재판 이후 마스터를 이용하여 변호사 비용 청구와 같은 문제를 해결하기도 한다.

120) Bryan A. Garner, 『Black’s Law Dictionary(8th ed.)』, West(Thomson Reuters), 2004, p.263.

121) 법정조언자 제도의 연혁적 개념은, 김시열·김민정, “법정조언자 제도와 소프트웨어감정 제도의 비교 연구”, 한국소프트웨어감정평가학회 논문지, 제14권 제2호, 2018, 22-24면 참조.

122) 로마법 자체가 대륙법 체계의 기원이므로 영미법 국가가 이를 로마법에서 직접 계수한 것이라기보다는 대륙법에서 받아들인 것이라는 견해도 있다. 한편, 법정조언자 제도가 소송절차에 심각한 방해로 초래하지 않고, 집중심리와 같은 보통법적 성격이 강하지 않기 때문에 대륙법 체계를 갖는 국가에서 도입하는 것 자체가 부적절한 것은 아니라는 견해도 있다. 현재 브라질, 아르헨티나, 페루, 멕시코, 프랑스, 폴란드, 이스라엘 등 대륙법 국가들에서 법정조언자 제도를 입법하거나, 법원이 법정조언자 제도를 자체적으로 채택한 바 있다. Steven Kochevar, “Amici Curiae in Civil Law Jurisdictions”, The Yale Law Journal, vol.122, no.6(2013) 참고.

의 이익을 보호하는 역할을 수행하는 형태로 변화¹²³⁾되고 있다.¹²⁴⁾ 미국에서는 1821년 Green v. Biddle 사건(Green v. Biddle, 21 U.S. 1 (1821))을 계기¹²⁵⁾로 법정조언자 제도가 활용되기 시작하였다.¹²⁶⁾ 초기에는 소송당사자의 변호인이 법정조언자로 활동하였으나, 1930년대 이후 비정부기구, 시민단체, 이익집단, 전문가단체 등으로 활동 주체의 범위가 넓어졌다.¹²⁷⁾

법정조언자로서 소송절차에 참여하는 주체는 다양하며 각각의 특징에 따른 관점을 나타낸다. 사회단체, 이익단체 등이 주체가 되어 법정조언자로 참여할 경우, 자신의 이익 관철을 위한다는 관점이 특징이다.¹²⁸⁾ 연방정부 및 주정부 등의 정부기관이 주체가 되어 법정조언자로 참여할 경우, 특히 연방정부(법무부) 송무차관(solicitor general)이 대표적인데 연방정부와 관련된 모든 사건에 참여하여 의견서를 제출하며¹²⁹⁾, 한편, 다양한 정부기관이 공익의 대변자로서 의견서를 제출하고 있다. 특히 법원은 정부기관의 전문성과 신뢰성에 기반하여 정부기관의 의견서는 최종 판결에 있어 중요한 자료로 활용한다.¹³⁰⁾ 아울러 법률 분야의 학자, 각종 전문가 단체 등이 주체가 되어 법정조언자로 참여할 수 있는데, Samsung Electronics Co., Ltd., Et al v. Apple Inc. 사건¹³¹⁾에서 지식재산권 전문가인 법학교수들이 법정조언자로 참여한 사례가 대표적이다.

법정조언자는 재판 과정에서 의견서를 제출하는 것 이외에는 다른 역할을 수행할 수 없으며, 의견서 외에 법적 쟁점 등을 제기할 경우 이러한 점들은 법원의 판단대상이 될 수 없다.¹³²⁾ 이와 같은 역할상 제한이 있음에도 소송에서 법정조언자의 의견서를 활용하는 것은 상당히 효율적이라는 점에 본 제도가 활발히 활용되고 있다.¹³³⁾ 최근에는 의견서를 활용하는 소송사례의 수가

123) 이러한 성격은 17세기 이후 변화하기 시작하였고, 특히 1736년 영국의 Coxe v. Phillips 사건(Coxe v. Phillips, 95 Eng. Rep. R, 152(1736))을 계기로 본다.

124) 김진한, “미국 연방대법원의 사법심사 제도와 그 운영”, 고려대학교 대학원, 박사학위논문, 2014, 193-195면; 조재현, “헌법 재판에서 법정조언자의 도입가능성에 관한 이론적 연구 - 미국의 경험을 중심으로”, 인권과 정의, 제446호, 2014, 8-9면.

125) Helen A. Anderson, “Frenemies of The Court: The Many Faces of Amicus Curiae”, University of Richmond Law Review, vol.49, no.2(2015), pp.368-369.

126) Green v. Biddle 사건 이전에, 법정조언자는 Betty’s Administrators v. Burnes’s Administrators(1814) 사건과 Livingston v. Dorgenois(1813) 사건에 참여하였으나, 동 법정조언자는 현대의 법정조언자와 다른 역할을 하였다. 이 사건 등에서 법정조언자는 비공식적이고 자발적인 방식으로 구두변론을 하였고, Green v. Biddle 사건과 같이 소송 당사자가 아닌 자를 대표하지 않았다. Paul M. Collins, Jr., “Friends of the Supreme Court: Interest Groups and Judicial Decision Making”, Oxford University Press, 2008, p.39.

127) Helen A. Anderson, supra note 125, p.368.

128) 김지영, “미국 연방대법원의 법정조언자(Amicus Curiae)제도”, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2013, 41면; Omari Scott Simmons, “Picking Friends from the Crowd: Amicus Participation as Political Symbolism”, Connecticut Law Review, vol.42, no.1(2009), p.205.

129) Karen O’Connor, “The Amicus Curiae Role of the U.S. Solicitor General in Supreme Court Litigation”, Judicature, vol.66, no.6(1983), p.257.

130) Michael K. Lowman, “The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin After the Friends Leave?”, American University Law Review, vol.41, no.4(1992), p.1261.

131) Samsung Electronics Co. Ltd., et al. v. Apple Inc., No. 16-1102, U.S. Sup. (2016).

132) 김진한, 전제논문, 202면.

133) 김지영, 전제논문, 8면.

증가하고 있다.¹³⁴⁾ 이러한 현상은 법정조언자 제도의 활용이 광범위하게 나타나며 의견서에 대한 법원의 의존도가 높아지므로 신뢰할 수 있는 소수의 법정조언자 의견을 받는 형태로 이루어지는 것으로 해석된다.

연방대법원규칙 제37조는 법정조언자의 의견서 제출에 대한 조건, 절차 등에 대해 규정하고 있다. 법정조언자의 의견서를 제출하고자 하는 개인 또는 단체는 소송당사자 양측의 동의를 얻어 의견서를 제출하거나, 법원의 허가를 얻어 의견서를 제출할 수 있도록 한다(연방대법원규칙 37.2(a)). 정부기관이 법정조언자로 참여하는 경우에는 소송당사자의 동의 또는 법원의 허가가 없더라도 직접 의견서를 제출할 수 있다(연방대법원규칙 37.4).

법정조언자 제도에 대한 평가로는 의견서 제출을 통해 재판 과정에서 미처 논의되지 않았던 쟁점이나 사건 해결을 위한 특별한 견해를 제공한다는 점에 본질적인 순기능이 있다. 이를 통하여 재판부가 갖는 한계를 극복할 수 있게 된다.¹³⁵⁾ 그리고 현재 시대에는 과거와 달리 점차 과학과 기술에 기반한 증거를 다루어야 하며, 또한 전문적인 영역의 논의를 다루어야 하는 등 법률 분야 이외의 분야에 대해 전문성을 갖지 못하는 법원의 한계를 극복할 수 있도록 역량을 향상시키는 장점이 있다. 특히 전문 분야에 대해서는 사실상 당해 사건을 판단함에 있어서 법정조언자가 법원에 대해 실질적인 영향력을 행사할 수밖에 없다.¹³⁶⁾ 한편, 법정조언자 제도를 통하여 사회적 약자들을 대변해주는 통로가 될 수 있다는 점도 의미를 갖는다고 평가된다.¹³⁷⁾ 이는 사회적 요구의 다양성과 현실성을 담보할 수 있기 때문에 법원의 판단에 대한 민주적 정당성을 제고할 수 있다고 한다.¹³⁸⁾

그러나 이와 같은 평가에 대해, 본래 법정조언자 제도의 취지와 달리 최근에는 소송당사자의 이익을 대변하는 역할이 커짐에 따라, 법정조언자가 ‘법정의 친구’에서 ‘법정의 로비스트’로 변화된 것과 같이 의견서가 진정한 도움이 되지 못한다는 비판이 있다.¹³⁹⁾ 또한 의견서 제출 시 왜곡된 내용을 기초로 한 경우가 많으며¹⁴⁰⁾ 이로 인한 결과로 법원이 왜곡된 내용에 기반한 판단을

134) 전체 소송건 중 의견서가 제출된 사건의 비율은 1946년부터 1955년까지의 구간에서는 23.45%였으나, 1986년부터 1995년까지의 구간에서는 85.10%로 증가하였으며(Joseph D. Kearney and Thomas W. Merrill, "The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court", 148 U. Pa. L. Rev. 743(2000), p.753.), 2011년부터 2015년까지의 구간에서는 그 비율이 98%까지 상승하였다. Anthony J. Franze and R. Reeves Anderson, "In Quiet Term, a Drop in Amicus Curiae at the Supreme Court", The National Law Journal, ALM Publication(2017); Anthony J. Franze and R. Reeves Anderson, "In Unusual Term, Big Year for Amicus Curiae at the Supreme Court", The National Law Journal, ALM Publication(2016) 참고.

135) 김진한, 전계논문, 200-201면.

136) 김진한, 전계논문, 200-201면.

137) 김진한, 전계논문, 200면.

138) Omari Scott Simmons, supra note 128, p.207.

139) S. Chandra MOHAN, "The Amicus Curiae: Friends No More?", Singapore Journal of Legal Studies, no.2(2010), pp.22-23; 김지영, 전계논문, 37면.

140) Michael Rustad and Thomas Koenig, "The Supreme Court and Junk Social Science: Selective Distortion in

할 수밖에 없게 되는 문제가 있다는 비판도 있다.¹⁴¹⁾ 또한 양 소송당사자 간 법정조언자의 의견서 내용이 상반되는 경우가 발생할 수도 있는데, 이때는 법원이 전문가 배심원을 구성하여 의견서에 제시된 주장 및 증거자료의 신뢰성과 신빙성을 별도로 검증할 필요가 있다는 견해도 있다.¹⁴²⁾ 한편, 의견서를 받기 위한 비용의 부담이 점차 높아지면서 과거와 달리 사회적 약자가 활용하기 어려워져, ‘법정의 친구’가 아니라 ‘의견서를 제출할 수 있는 예산이 있는 자의 친구’가 되었다는 비판도 있다.¹⁴³⁾

Amicus Briefs”, North Carolina Law Review, vol.72, no.1(1993), p.100.

141) Id, p.158.

142) 김지영, 전제논문, 37-39면.

143) S. Chandra MOHAN, supra note 139, pp.22-23.

제2절

일본

1. 민사소송법상의 감정 제도

가. 제도 개관

일본의 민사소송법은 특별한 학식 경험을 가진 사람으로서 법원에 의하여 지정된 감정인이 법관의 판단 능력을 보충하기 위하여 그 전문 지식 또는 그 지식을 이용한 판단을 소송상 보고하고 그것이 독립된 증거방법이 된다는 점에서 우리나라 민사소송법상의 감정제도와 크게 다르지 않은 제도를 운영하고 있다.¹⁴⁴⁾

감정제도는 민사소송법 제212조에서 제218조에서 규정하고 있다.

감정에 필요한 학식과 경험이 있는 자는 감정을 할 의무가 있음을 명시(제212조 제1항)하고, 감정인이 될 수 있는 자격을 증인의 요건을 준용하여 증인이 될 수 없는 자 등은 감정인이 될 수 없도록 정하고 있다(제212조 제2항).

감정인은 수소법원, 수명판사 및 수탁판사가 지정하도록 한다(제213조). 지정된 감정인이 성실하게 감정을 하는 것이 어렵다고 판단될 사정이 있는 때 당사자는 감정인이 감정사항에 대한 진술을 하기 전에 이를 기피할 수 있다. 다만 감정인이 진술을 한 경우라도 이후 기피의 원인이 발생하거나 당사자가 그 사유를 이후에 알게 된 경우에는 기피가 가능하다(제214조 제1항). 기피 신청은 수소법원, 수명판사 또는 수탁판사에게 하여야 하며(제214조 제2항), 기피 이유가 있다는 결정에 대해서는 불복할 수 없으며(제214조 제3항), 기피 이유가 없다는 결정에 대해서는 즉시항고를 할 수 있다(제214조 제4항).

재판장은 감정인에게 서면 또는 구두로 의견을 진술하게 할 수 있으며(제215조 제1항), 감정인에게 의견을 진술하게 한 경우 해당 의견의 내용을 명료하게 할 필요가 있거나 그 근거를 확인하기 위해서 필요하다고 인정하는 때에는 신청에 의하거나 법관의 직권으로 감정인에게 다시 의견을 진술하게 할 수 있다(제215조 제2항). 한편, 감정인에게 구두로 진술하도록 하는 경우 법원은 감정인이 원격지에 거주하고 있는 때, 그리고 그 밖에 상당하다고 인정하는 때에는 대법원규칙으로 정하는 바에 따라 격지자가 영상과 음성의 송수신에 의하여 상대방의 상태를 상호 인식하면서 통화를 할 수 있는 방법으로 의견을 진술하게 할 수 있도록 한다(제215조의3).

144) 강성수, 전계서, 135면.

법원은 감정인에게 구두로 의견을 진술하게 하는 경우에는 감정인이 의견진술을 한 후에 감정인에 대해 질문을 할 수 있으며(제215조의2 제1항), 이때 질문은 법관, 그 감정을 신청한 당사자 및 상대방 당사자의 순서로 하도록 정하고 있다(제215조의2 제2항). 법관이 필요하다고 인정하는 때에는 당사자의 의견을 듣고 질문 순서를 변경할 수 있으나(제215조의2 제3항), 당사자가 이 변경에 대해 이의를 제기한 때에는 법원이 이 이의에 대한 판단을 하도록 되어 있다(제215조의2 제4항). 수명판사 또는 수탁판사가 감정인에게 의견을 진술하게 하는 경우에는 그 판사가 이를 실시하며, 질문 순서 변경에 대한 이의 재판은 수소법원이 한다(제215조의4).

공무원 또는 공무원이었던 자에게 감정인으로서 직무상 비밀에 관한 의견을 진술하게 하는 경우, 감정인이 감정을 거부하는 경우에 관한 경우, 감정인에게 선서를 하게 하는 경우, 감정인이 정당한 이유 없이 출석하지 않는 경우, 감정인이 선서를 거절하는 경우, 감정 거절을 할 이유가 없다고 하는 재판이 확정된 후 감정인이 정당한 이유 없이 감정을 거부하는 경우에는 증인신문의 규정을 준용하도록 한다(제216조).

한편, 특별한 학식과 경험에 의하여 알게 된 사실에 관한 심문에 대해서는 증인신문에 관한 규정을 준용한다(제217조).

법원은 필요하다고 인정하는 때에 관청이나 공서, 외국의 관청이나 공서 또는 상당한 설비를 가진 법인에 감정을 촉탁할 수 있도록 정하고 있으며, 이 경우 선서에 관한 규정이 적용되지 않는다(제218조 제1항). 이때 법원은 필요하다고 인정하는 때에 관청, 공서 또는 법인이 지정한 자에게 감정서를 설명하게 할 수 있다(제218조 제2항).

이처럼 규정의 내용은 우리나라 민사소송법의 규정과 유사한데, 일본은 감정 제도가 야기하는 문제점을 개선하기 위해 최고재판소 산하에 설치된 전문가 위원회, 의료소송에서의 복수감정 및 콘퍼런스감정 도입, 전문위원 제도 도입¹⁴⁵⁾과 같은 여러 수단을 도입하여 나름의 성과를 도출하고 있다.¹⁴⁶⁾

나. 계산감정인 제도

계산감정인 제도는 일본 민사소송법상 감정의 특칙으로서, 특허법 제105조의2에서 명시하고 있다. 이는 특허권 침해에 의한 손해액 또는 손해 범위의 입증이 곤란한 경우가 많다는 문제를 해결하기 위해, 1999년 계산감정인 제도를 신설하여 손해 입증의 간이화를 도모하였다. 손해 입증의 신속화, 효율화를 목적으로 회계전문가인 중립적 제3자를 통해 감정을 하도록 하여 당사자 입증의 부담을 경감하도록 한 것이다.¹⁴⁷⁾

145) 이는 우리나라의 전문심리위원 제도의 모델이 되었다. 강성수, 전게서, 135면.

146) 구체적인 제도개선 노력 및 우리나라와의 차이에 관한 내용은 강성수, 전게서, 136-161면 참조.

147) 강상욱 외 16인, 전게서, 664-665면.

계산감정인 제도는 당사자 설명의무를 창설하고 있다는 점에 중요한 의미를 갖는다고 한다. 민사소송법상 감정은 당사자에 어떠한 의무도 부과하지 않기 때문에 당사자가 감정인의 질문에 대한 답변을 거절할 수 있는데, 이러한 경우 신속하고 효율적인 계산 감정은 불가능하다. 이에 민사소송법상의 질문권을 강화하고 당사자에 감정인에 대한 설명의무를 부여하는 것이 반영되었다. 이를 통해 계산감정인의 신속한 감정업무 수행과 손해입증의 용이성이 확보될 수 있다.¹⁴⁸⁾

다. 제도적 문제에 대한 논의

미국의 경우와 같이 일본 역시 감정인 선임의 어려움이 가장 큰 문제로 제기되고 있다. 특히 감정이 구체적인 사실의 판단 등을 위한 과정에 한정되기보다, 재판 초기 쟁점정리 단계에서도 감정이 적극적으로 활용될 필요가 있다는 지적이 제기되고 있다.¹⁴⁹⁾ 재판 대상에 대한 충분한 지식 기반 없이 쟁점을 정리하게 될 경우 쟁점정리에 소요되는 시간도 상당할 뿐 아니라 경우에 따라서는 쟁점을 충분히 파악하지 않은 채 이후 감정을 실시하게 되는 문제도 발생할 수 있기 때문이다. 한편, 감정을 수행할 수 있는 적절한 전문가를 찾는 것이 매우 문제로 지적된다. 전문가의 각 전문 분야는 매우 세분화되어 나타날 수밖에 없는데 한 명의 자연인이 다양한 분야에 정통하는 것은 불가능하기 때문에, 다양한 영역에 대한 전문가를 어떻게 적기에 감정인으로 선정할 것인지에 대한 사항은 그 중요성과 더불어 매우 어려운 일이라 할 수 있다.¹⁵⁰⁾ 전문가 확보의 어려움은 지식재산권 관련 소송에서 더욱 문제가 된다.¹⁵¹⁾ 이는 지식재산권 분야의 특수성에 기인하는 것으로 전속관할하에서 이루어지는 소송뿐 아니라 일반적인 관할하에서 이루어지는 소송까지도 포괄할 수 있는 전문가 확보 방안이 필요하다고 한다.¹⁵²⁾

다음으로는 감정 과정에서 당사자의 참여 보장이 적절히 이루어지기 어렵다는 문제가 지적된다. 법원의 선임에 의한 감정인인 전문가와 법관 양자 간의 밀접한 관계 속에서 당해 법관을 조력하기 위한 목적하에 감정을 수행하게 되므로 감정 과정에서 당사자의 참여가 제한되는 모습이 발생할 수 있기 때문이다.¹⁵³⁾

148) 강상욱 외 16인, 전거서, 665면.

149) Nishiguchi Hajime, 民事訴訟における専門家の関わり- 争点整理, 証拠調べ及び和解における専門家の役割-, 早法 vol.72, no.4(1997), pp.412-413.

150) ソノだ ケンジ, 専門訴訟における争点整理への専門家の中立関与と当事者権の保障, 広島法学 vol.27, no.2(2003), pp.170-172.

151) ウエムカイ テルヨシ, 民事鑑定 of 積極的活用策に関する検討 - 知的財産訴訟を中心として-, 2019 年度 若手・女性研究者奨励金 レポート(2019), pp.1-2.

152) ウエムカイ テルヨシ, 상거서, pp.1-2.

153) ソノだ ケンジ, 전거서, pp.170-172.

2. 기타 유관 제도

가. 제3자 의견모집제도

(1) 도입 배경

특허권 또는 전용실시권의 침해와 관련된 소송(이하 ‘특허권 등 침해소송’)은 민사소송이므로 특허법에서 특별한 정함이 없는 한 민사소송법의 규정이 적용된다. 특허권 등 침해소송 확정판결의 효력에 관하여는 민사소송법의 규정이 적용되고 당사자 등에게만 미친다(민사소송법 제115조 제1항). 또한 민사소송에서는, 법원 판단의 기초가 되는 증거의 수집 및 제출은 당사자의 책임이자 권한으로 하는 것이 원칙이다.

그런데 최근의 특허를 둘러싼 환경이 변화함에 따라 특허권 등 침해소송에 있어서 법원의 판단이 확정판결의 효력이 미치는 당사자 등 이외의 제3자에 대해서도 사실상의 큰 영향을 미치는 경우가 발생하고 있다. 이 경우 법원이 제3자의 사업실태 등도 토대로 하여 판단하는 것이 바람직한 경우가 있으며, 당사자가 민사소송의 원칙에 따라 증거를 수집할 때 제3자의 사업실태 등도 증거로 수집하여 법원에 제출할 것으로 기대된다.

예를 들어 최근 눈부신 발전을 보이는 IoT 관련 기술은 정보통신 업계, 자동차 업계, 가전 업계, 로봇 업계 등의 많은 이해 관계자가 복잡하게 뒤얽히는 기술 분야이다. 이 기술 분야에서는 통신규격 등의 표준화가 이루어져 표준규격에는 특허발명(표준필수특허)이 포함되는 경우가 있어, 특허분쟁을 방지하면서 특허발명의 폭넓은 활용을 촉진하기 위해 표준필수특허와 관련된 규칙이 형성되어 있다. 이러한 상황에서 특허권 등 침해소송에서 표준필수특허와 관련된 규칙에 관한 사항이 쟁점이 되어 그 쟁점에 대해 법원이 판단을 나타내면, 그 판단은 당사자뿐 아니라 IoT 관련 기술에 관련된 다수의 업계에도 사실상의 영향을 미칠 수 있게 된다. 따라서 법원이 폭넓은 시야를 가지고 판단을 내리기 위해서, IoT 관련 기술 업계와 관련된 사람을 통해 실태 등을 파악하는 것이 바람직할 것이다.

그러나 당사자에게 있어서, 제3자의 사업 실태 등의 증거를 수집하는 것이 곤란한 경우가 있다. 이러한 경우에 대하여 종래 특허법 및 민사소송법에서 널리 일반 제3자로부터 의견(정보를 포함)을 수집하는 절차는 제도로써 존재하지 않았다. 이러한 가운데 삼성전자 vs. 애플 사건의 지적재산 고등법원(대합의부)에서 제3자 의견 모집이 실시되었다.¹⁵⁴⁾ 동 사건의 쟁점은 FRAND 선언이 된 특허권에 대하여 라이선스 계약을 체결할 수 없었던 경우에 손해배상 청구권을 행사하는 것이 인정되는지 여부 등이었다.¹⁵⁵⁾ 해당 쟁점은 일본뿐만 아니라 국제적인 관점에서 파악해

154) 지재 고판 2014년 5월 16일 판례시보 2224호 146페이지 <2013년(주) 제10043호>(知財高判平成26年5月16日判例時報 2224号146頁(平成25年(主)第10043号)).

야 하는 중요한 논점이며, 또한 해당 법원에 있어서의 법적 판단이 기술개발이나 기술활용의 기본방향, 기업활동, 사회생활 등에 미치는 영향이 크다는 점에서 의견모집의 결과로서, 이 사건에서는 국내외에서 총 58건의 의견서가 제출되고 판결에서 “이러한 의견은 법원이 폭넓은 시야에서 적정한 판단을 제시하기 위한 귀중한 유익한 자료로, 의견을 제출하기 위하여 많은 수고를 한 의견제출자들에게 경의를 표하는 바이다.”라고 의견모집에 긍정적인 평가가 제시되었다.

위와 같은 최근의 특허를 둘러싼 환경의 변화에 따라 특허권 등 침해소송에 있어서 법원의 판단이 해당 소송의 당사자 이외의 제3자에 대하여 사실상 큰 영향을 미치는 경우가 증가할 가능성이 있고, 이에 따라 의견모집을 하는 것이 바람직한 사건이 증가할 것으로 예측된다. 그러나 의견모집을 하기 위해 모든 당사자의 합의를 얻는 것은 곤란한 경우가 있기 때문에 반드시 모든 당사자가 합의를 하지 않아도 넓게 일반의 제3자로부터 의견모집을 실시할 수 있는 제도를 창설할 필요가 있었다. 이에 특허법 제105조의2의11을 신설하여 당사자에 의한 증거수집절차로서 특허권 등 침해소송에서 법원이 널리 일반 제3자에 대하여 해당 사건에 관한 특허법의 적용 및 그 밖의 필요한 사항에 관하여 의견을 기재한 서면(이하 “의견서”라 한다)의 제출을 요구할 수 있는 제도(제3자 의견모집제도)를 신설(2021년 5월 21일 공포)하였다.¹⁵⁶⁾

▮ 표 2 ▮ 일본 특허법 제105조의2의11 제1항 내지 제4항(신설)

<p>(제3자의 의견) 제105조의2의11</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 「민사소송법」 제6조제1항 각 호에 정하는 법원은 특허권 또는 전용실시권의 침해와 관련된 소송의 제1심에서 당사자의 신청에 따라 필요하다고 인정하는 때에는 다른 당사자의 의견을 들어 널리 일반에 대하여 해당 사건에 관한 이 법률의 적용 및 그 밖의 필요한 사항에 관하여 상당한 기간을 정하여 의견을 기재한 서면의 제출을 요구할 수 있다. 2. 「민사소송법」 제6조제1항 각 호에 정한 법원이 제1심으로 한 특허권 또는 전용실시권의 침해와 관련된 소송에 대한 종국판결에 대한 항소가 제기된 도쿄고등법원은 해당 항소와 관련된 소송에서 당사자의 신청에 의해 필요하다고 인정하는 경우 다른 당사자의 의견을 들어 널리 일반에 대하여 해당 사건에 관한 이 법률의 적용 및 그 밖의 필요한 사항에 관하여 상당한 기간을 정하여 의견을 기재한 서면의 제출을 요구할 수 있다. 3. 당사자는 법원서기관에게 전2항의 규정에 의하여 제출된 서면의 열람 및 복사 또는 그 정본, 등본 및 초본의 교부를 청구할 수 있다. 4. 「민사소송법」 제91조제5항의 규정은, 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 제출된 서면의 열람 및 복사에 대하여 준용한다.
--

155) 2014년 1월 23일부터 3월 24일까지 의견모집을 실시한 결과 총 58건의 의견서가 제출되었다.

156) 유사한 배경에서 우리나라도 특허심판 과정에서 이해관계인 이외에 제3자가 의견을 제출할 수 있도록 하는 내용의 특허법, 실용신안법, 상표법, 디자인보호법의 일부개정안(가칭, ‘특허심판 공중의견청취법’)이 2022년 8월 12일 국회에 제출(이철규 의원 대표발의)된 바 있다.

(2) 세부 제도 내용

(가) 의견모집의 주체가 되는 법원(제1항 및 제2항)

의견모집을 실시하기 위한 요건은 제1항 및 제2항에 규정했다. 제1항은 도쿄 지방법원 및 오사카 지방법원이 제1심이 되는 경우에 대해서, 제2항은 도쿄 지방법원 및 오사카 지방법원이 제1심으로서 내린 종국 판결에 대해 도쿄 고등법원이 항소심이 되는 경우에 대해서 규정하고 있어, 의견모집의 주체가 되는 것은 이러한 경우의 법원뿐이다.

(나) 당사자의 신청(제1항 및 제2항)

제3자 의견모집제도를 당사자에 의한 증거수집절차의 하나로 규정하였으므로 법원이 의견모집을 하려면 “당사자의 신청”이 필요하다.

(다) 필요하다고 인정되는 경우(제1항 및 제2항)

의견모집여부의 판단에 대해서는 법원이 당사자의 의견을 들은 후에 당사자에 의한 증거수집의 곤란함, 판결의 제3자에 대한 영향의 정도 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 그 필요성을 판단하게 된다.

증거수집의 곤란함이란, 예를 들어 당사자가 속한 업계 외의 업계에서의 사업 실태에 관한 증거는 당사자가 수집하기 곤란하다고 인정된다. 그러나 단순히 증거수집의 노력이나 비용을 절약하기 위해 의견모집을 하는 것은 해당되지 않는다. 또한 특허의 유효성 판단에 필요한 선행기술 문헌의 수집 등은 민사소송의 원칙에 따라 우선은 당사자 및 그 소송대리인 자신이 가능한 증거수집을 다하여야 한다.

또한 판결의 제3자에 대한 영향이란, 예를 들어 표준필수특허와 같은 특허에 관한 민간의 결정·상관행 등과 관련된 침해사안이나 AI·IoT 분야의 첨단기술과 같은 다양한 업계의 제품에 널리 이용되는 기술과 관련된 침해사안 등으로서 특허법의 해석 또는 적용에 관하여 정설이 없는 사항에 관한 판결은 제3자에게 영향을 준다고 생각할 수 있을 것이다.

(라) 다른 당사자의 의견 청취(제1항 및 제2항)

법원이 의견모집을 한다고 판단할 때에는 “다른 당사자”의 의견을 들어야 한다. 이 절차를 규정한 것은 의견모집을 하기에 적합한 사안인지 여부에 관하여 “다른 당사자”가 의견을 진술할 기회를 보장하기 위함이다. “다른 당사자”는 제3자에게 미치는 영향의 크기, 증거수집의 곤란성 등의 사정을 감안하여 의견을 진술하는 것으로 상정된다. 법원은 모든 당사자의 의견을 바탕으로 의견모집을 실시할 것인지 여부를 판단한다.

그리고 “다른 당사자”란 의견모집을 할 것을 신청한 당사자 이외의 모든 당사자를 말한다. 즉, 예를 들어 원고가 1당사자, 피고가 2당사자(피고가 2인 경우)의 소송에서 피고의 일방이 신청을 한 경우에는 원고뿐만 아니라 다른 일방의 피고도 “다른 당사자”이다. 따라서 이러한 경우에는 법원은 원고뿐만 아니라 다른 일방의 피고 의견도 들어야 한다.

(마) 의견모집의 대상자(제1항 및 제2항)

법원은 “널리 일반”인 제3자에 대하여 의견서의 제출을 요구할 수 있다. 법원은 특정한 제3자를 지정하여 의견서의 제출을 요구하는 것이 아니다. 의견서를 제출할 수 있는 자에 대한 정함은 없고, 법인 및 개인뿐만 아니라 법인이 아닌 사단이나 재단 또는 일본 내에 주소나 거소를 두지 아니하는 외국인도 가능하다.

(바) 의견모집을 하는 사항(제1항 및 제2항)

법원은 “해당 사건에 관한 이 법률의 적용 기타 필요한 사항”에 대한 의견을 요구할 수 있다. 특허법의 적용에 관한 사항은 물론이고 다른 법률의 적용에 관한 사항이나 상관행 등의 사실에 관한 사항에 대해서도 의견을 구할 수 있다. 덧붙여 동 조에서 말하는 ‘의견’에는 문자 그대로의 ‘의견’뿐만 아니라 단순한 정보도 포함된다.

(사) 제출된 의견서의 열람, 복사 등의 청구(제3항)

당사자는 제3자가 법원에 제출한 의견서의 열람, 복사 등을 청구할 수 있다. 한편, 제3자로부터 제출되는 의견서는 당사자가 서증으로서 제출하지 아니하는 한 소송기록에 포함되지 아니하므로 당사자 이외의 자는 열람, 복사 등을 청구할 수 없다.

(아) 의견서의 열람, 복사 등의 청구 제한(제4항)

의견서의 열람, 복사 등의 청구는 의견서의 보존 또는 법원의 직무에 지장이 있는 때에는 할 수 없다(민사소송법 제91조 제5항 준용).

(자) 제3자 의견모집제도 절차에 관한 유의사항

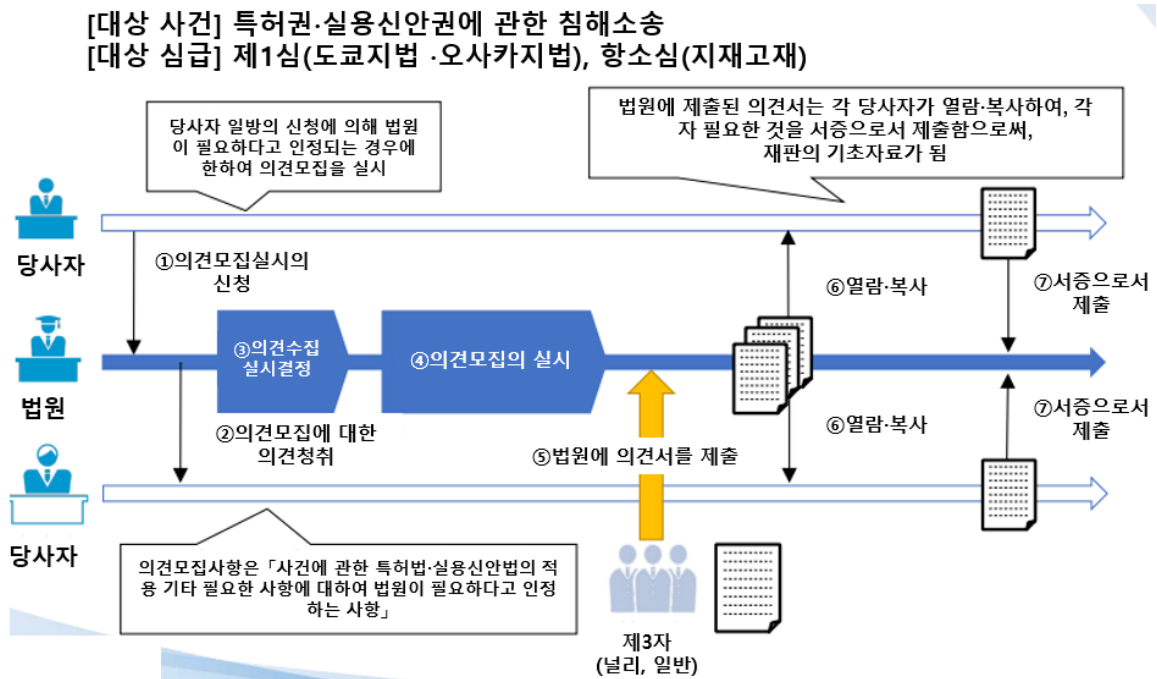
첫째, 의견서의 취급에 관한 사항이다. 제3자가 법원에 제출한 의견서는 소송기록을 구성하지 않는 것으로 해석된다(따라서 민사소송법 제91조의 규정과는 별도로 동조 제3항 및 제4항의 규정이 마련되었다). 각 당사자는 제출된 의견서를 열람, 복사 등을 한 후에 각자가 법원이 판단의 기초로 하기를 원하는 것에 대해서는 법원에 서증으로 제출할 필요가 있다. 또한, 제3자가 의견

서를 법원에 송부하는 비용은 민사소송비용 등에 관한 법률이 정하는 민사소송 등의 비용에는 해당하지 않는다.

둘째, 의견모집의 고지 방법에 관한 사항이다. 의견모집의 고지방법에 관하여 특별한 규정은 없지만, 법원 웹사이트에 고지하는 것을 상정할 수 있다.

셋째, 의견제출을 위한 압력에 관한 사항이다. 의견모집이 이루어진 경우에 당사자 또는 그 소송대리인이 제3자에 대해서 의견제출을 하도록 하는 것은 의견서작성비 등의 대가 공여도 포함하여 금지되는 것은 아니다.

Ⅱ 그림 2 Ⅱ 제3자 의견모집제도의 절차(예시)



출처: 일본 특허청, 제44회 특허제도소위원회 참고자료1, 2020.12.8. 5면.

(3) 변리사업무로 제3자 의견모집제도의 상담업무 추가(변리사법 개정)

종래 제도는 변리사법 제4조부터 제6조의2까지 지식재산에 관한 업무를 실시하는 국가 자격자인 변리사가 그 자격을 근거로 하여 실시하는 업무에 대해 규정하고 있었다. 변리사는 이들 규정에 근거하여 출원인을 대신하여 특허 신청을 할 때의 절차와 특허에 관한 계약의 대리업무 등의 업무를 하고 있으며, 해당 업무를 통해 특허법 등의 전문적 지식에 더해 기업 등의 사업활동 및 상관행의 식견을 가지고 있었다. 변리사가 이들 업무를 수행할 때 신용실추행위의 금지(변리사법 제29조)나 비밀유지의무(동법 제30조) 등 변리사법상의 의무가 부과되며, 이를 위반한 변리사는 징계처분의 대상이 된다(동법 제32조).

그런데 특허법 및 실용신안법에서 새롭게 제3자 의견모집제도를 도입하였는데, 해당 제도에 근거해 의견모집이 이루어진 경우, 법원이 요구하는 사항에 대해서 제3자인 법인·개인 등은 특허법 및 실용신안법에 규정되는 사항에 대해서 자신의 사업 활동이나 진술할 수 있다. 그리고 해당 제3자가 의견을 제출함에 있어서 변리사와 의견의 내용 등을 상담하고, 변리사가 가진 특허법 및 실용신안법의 전문적인 지식이나 기업 등의 사업활동·상관행에 관한 지식을 활용하는 것은 해당 제3자의 의견을 정확하게 법원에 전달하는 데 있어서 크게 유익하다.

한편, 제3자 의견모집제도에 기초한 의견모집이 이루어진 때에 의견을 제출하고자 하는 제3자의 상담에 응하는 업무는 특허법 등의 법률지식에 기초하여 견해를 진술하게 된다는 점에서 변호사법 제72조에 기초하여 변호사의 독점업무로 보는 ‘소송사건’에 관한 ‘감정’에 해당한다고 볼 수 있다. 그리고 현행 변리사법에서는 변리사가 해당 상담업무를 실시할 수 있다는 취지의 규정이 없으므로 변리사가 해당 상담업무를 행하는 것은 「변호사법」 제72조의 규정을 위반할 우려가 있다는 점이 지적되었다.

따라서 제3자 의견모집제도의 실효성을 기하기 위해서는 해당 상담업무를 변리사가 수행할 수 있는 업무로서 변리사법상에서 규정할 필요가 있었다. 또한 해당 상담업무를 변리사법에 규정함으로써 해당 상담업무를 취급할 때의 변리사의 의무가 법률상 명확해지기 때문에 이미 변리사법상에 규정되어 있는 다른 업무와 마찬가지로 신용실추행위의 금지나 비밀유지의무 등의 의무가 변리사에게 부과되어 있다는 전제하에 제3자는 변리사에게 해당 상담업무를 의뢰할 수 있도록 할 필요가 있었다.

이러한 점에 따라 변리사법을 개정하여 특허권 등 침해소송 등에서의 제3자 모집제도에 관한 상담업무를 변리사의 업무로서 규정하였다. 변리사법 제4조 제2항에 제4호를 신설해 제3자 의견모집제도에서 의견서를 제출하려는 자의 의견 내용에 관한 상담업무를 규정하였다. 또한 의견의 내용에는 특허법이나 실용신안법뿐만 아니라, 예를 들어 독점금지법과 같은 특허권 등 침해소송 등과 관련된 다양한 법률의 관점이 포함될 수 있으므로 변리사가 할 수 있는 상담의 범위를 변리사의 전문적 지식 활용이 기대되는 ‘특허법 및 실용신안법의 적용에 관한 것’으로 한정하였다.

이 제도는 개정법의 공포일로부터 기산하여 1년을 넘지 않는 범위에서 정령으로 정하는 날(2022년 4월 1일)부터 시행하는 것으로 하며, 경과조치는 정하지 않았으므로, 시행기일에 이미 계속 중인 사건에 대해서도 적용된다.

표 3 | 일본 변리사법 제4조 제2항 4호(신설)

<p>(업무)</p> <p>제4조 (생략)</p> <p>2. 변리사는 전항에 규정된 업무 외에 타인의 요구에 따라 다음에 열거하는 사무를 수행하는 것을 업으로 할 수 있다.</p> <p>1~3 (생략)</p> <p>4. 특허법(1959년 법률 제121호) 제105조의2의11제1항 및 제2항(같은 법 제65조제6항 및 실용신안법(1959년 법률 제123호)제30조에서 준용하는 경우 포함)에 규정된 의견을 기재한 서면을 제출하고자 하는 자의 해당 의견 내용(특허법 및 실용신안법의 적용에 관한 것에 한함)에 관한 상담</p> <p>3 (생략)</p>

나. 재판소(법원)조사관, 전문위원

재판소(법원) 조사관은 민사소송법 제92조의8과 제92조의9에 근거하는 것으로 2022년 4월 1일 기준 지적재산고등재판소 11명, 동경지방법재판소 7명, 오사카지방법재판소 3명이 운영되고 있다.

전문위원은 민사소송법 제92조의2에서 제92조의7까지 근거를 두고 있다. 2022년 4월 1일 기준 법원의 전문위원은 200명이 등록되어 있고, 구성비는 대학교수가 전체의 63%, 변리사가 15%, 공공기관 연구자가 11%, 민간기업 연구자가 10%, 그리고 기타 1%로 나타난다. 법원의 재판 과정에서 전문위원을 활용한 실적은 2004년 4월 1일부터 2022년 3월 31일까지 2,400명(누적)이다.¹⁵⁷⁾

다. 특허청에 의한 감정감정

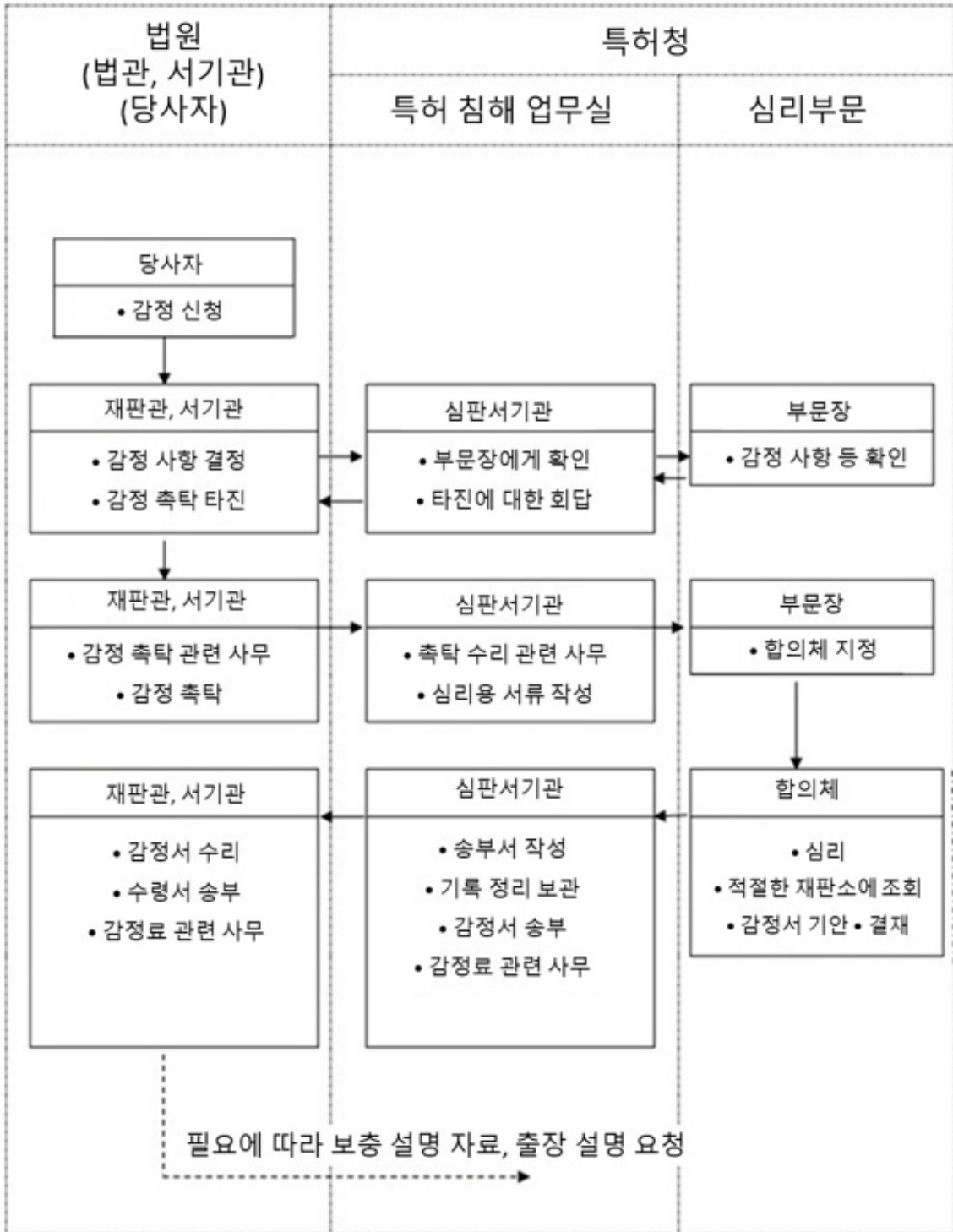
특허청에 대한 감정촉탁은 특허법 제71조의2, 실용신안법 제26조, 의장법 제25조의2, 상표법 제28조의2에 근거하고 있다. 이에 의해 법원으로부터 특허청에 특허발명의 기술적 범위 등에 대한 감정의 촉탁이 있을 경우, 특허청장은 3명의 심판관을 지정하여 그 감정을 시키도록 하고 있다.

법원의 감정촉탁에 의하여 특허청은 i) 특허발명·등록 실용신안의 기술적 범위에 대한 감정(특허법 제71조의2, 실용신안법 제26조), ii) 등록의장 및 이와 유사한 의장의 범위에 대한 감정(의장법 제25조의2), iii) 상표권 효력에 대한 감정(상표법 제28조의2)을 그 대상으로 한다.

감정에 참여하는 심판관 3인의 합의에 의하여 감정결과를 도출하도록 하고 있다.

157) 日本 知的財産高等裁判所, “知的財産権訴訟における専門委員制度について”, <<https://www.ip.courts.go.jp/documents/expert/index.html>>, 검색일: 2022. 9. 28.

그림 3 | 일본 감정에 관한 업무 흐름 체계



※ 자료: 특허청 홈페이지, “58-10 裁判所からの鑑定の囑託”, 3면.

감정비용은 판정의 경우와 동일하게 1건당 40,000엔으로 하며, 대상 특허권을 단위로 하지 않고 세부 감정사항 1건을 단위 건으로 하여 감정비용을 계산한다.¹⁵⁸⁾

Ⅰ 표 4 Ⅰ 일본의 재판소(법원)조사관, 전문위원, 감정인 비교

구분	법원조사관	전문위원	감정인
신분	법원에 소속된 상근 직원	법원에 소속된 비상근 직원	법원 직원 아님
임기	2년	명문 임기규정 없음	없음
보상	법원의 상근 직원으로서의 급여	관여한 사건마다 수당 지급	감정료
당사자 심문	심문을 받는 것은 예정없음	심문을 받는 것은 예정없음	감정 결과에 대해 질문받을 수 있음
설명, 의견의 성질	<ul style="list-style-type: none"> - 법원의 명령을 받아 필요한 사항을 조사하여 보고 - 그 조사 결과는 증거가 되지 않음 	<ul style="list-style-type: none"> - 전문적인 사항에 대해 법원의 고문적인 입장에서 알기 쉽게 설명 - 설명 내용은 증거가 되지 않음 	<ul style="list-style-type: none"> - 법원에서 요구한 감정 사항에 대해 의견 제시 - 의견은 증거가 되어 판결의 기초

158) 일본특허청 심판편람(제19판, 58-10) (2020. 12. 28. 시행), “裁判所からの鑑定の囑託”, <https://www.jpo.go.jp/system/trial_appeal/sinpan-binran.html>, 검색일: 2022. 9. 28.

제3절

중국

1. 사법감정센터

가. 제도 도입 배경

우리나라 및 해외 주요국과 비교할 때, 중국은 지식재산권 분야 소송에서 공적인 감정 체계를 적극적으로 활용하고 있는 국가로 볼 수 있다. 중국은 제1차 법원개혁요강(1999-2003)에서 사법감정 체계의 확장 계획을 제2차 법원개혁요강(명시요강, 2004-2008, 人民法院第二個五年改革綱要)을 통하여 사법감정(司法鑑定) 제도라는 공적감정의 기능을 구체적으로 제도화하였다.¹⁵⁹⁾ 사법감정은 2007년 10월 시행된 「사법감정절차통칙」에 따르는 절차로, 사법감정인이 사법기관 등의 의뢰로 법률에 정해진 요건과 절차에 따라 전문지식이나 기능을 이용하여 소송 등의 활동에 있어서 전문적인 감별과 판정 활동을 실시하는 것을 의미한다.¹⁶⁰⁾ 2014년에는 북경 및 상해 등에서 지식재산권 법원이 설립되면서 지식재산권 사법감정센터¹⁶¹⁾가 활발하게 활용되고 있으며, 중대한 분쟁의 경우 사법감정을 이용하는 비율이 70~80%에 달한다.¹⁶²⁾

각 지방에서 설치한 지식재산권 사법감정센터 이외에 ‘중국판권보호중심’ 등과 같은 전문적인 공공기관¹⁶³⁾에서도 지식재산권에 대한 사법감정을 활발하게 수행하고 있기도 하다. 또한 대표적인 사법감정 기구인 중국 공업정보화부(工信部)에서 설치한 지식재산권사법감정소(知識產權司法鑑定所, CSIP)는 특허사안, 저작권 및 판권사안, 상표사안, 영업비밀사안 등에 대해 사법감정을 수행하고, 그 결과를 법원 및 수사기관에 제공하고 있다.¹⁶⁴⁾ 여기서 담당하는 사법감정 사항은 i) 특허, 상표, 디자인, 저작권 등 지식재산권이 선행권리 및 피침해대상과 유사한지 여부, ii) 특허권에서 발명의 신규성 및 진보성 등 인정 여부, iii) 이미 획득한 지식재산권의 유효성에 대한 평가, iv) 소프트웨어 소스코드 간 동일성 여부, v) 기술정보 및 경영정보 등이 영업비밀에

159) 조영남, 『중국의 사법제도 개혁 연구 - 법원을 중심으로』, 경제·인문사회연구회, 2011, 48-60면 참조.

160) 최재식, 『특허권 침해 손해배상 감정평가 체계구축에 관한 연구』, 특허청·한국지식재산연구원, 2012, 218면.

161) <http://baike.baidu.com/link?url=q8lpMkoFJ3lJtC3KMnKH6e3qnjXp6mjocTe3YJzYQilYHxJdPJhHWxaD3ljd1gPpaDGwM81Ux-uHZ9JKWwva>.

162) 한국지식재산연구원 지식재산동향, “중국 상하이시, 지식재산권 사법감정센터 설립”, 2015-04호, 2015.

163) 电子一所知識產權司法鑑定中心(工信部), 知識產權司法鑑定所(工信部), 洲科技知識產權司法鑑定中心(北京), 重慶郵電大學司法鑑定中心, 西南政法大學司法鑑定中心 등이 있다.

164) <http://www.csipsfjd.org.cn> 참조.

해당하는지 여부 등 다양한 범위의 감정을 수행하고 있다.¹⁶⁵⁾

나. 사법감정센터 운영 현황¹⁶⁶⁾

중국이 인정한 국가급 사법감정센터는 10개에 불과하고 그중에서 3개가 대학교에 있다. 일부 통계에 따르면 지난 2년간 10개의 국가급 사법감정기구의 고정자산 투입 금액(누적)은 2.4억 위안을 초과한 것으로 나타났다. 이 과정에서 선진화된 감정 설비 159개를 도입하였고, 115명이 넘는 감정인 중 대학원생 이상의 학력을 가진 감정인이 차지하는 비율이 높아지고 있다. 이들 기구에서 수행한 과학 분야의 주요 연구과제는 315건(누적) 이상이며, 관련된 학술논문 206편을 발표하였다. 아울러 사법감정 분야의 전문서적 28종을 출판하였고, 특허·국가표준 및 산업표준 등 기술성도가 200여 개에 달하는데, 이들 모두 CNAS 감독 심사 또는 재심사를 통하여 관련 프로젝트가 확대되고 있는 상황이다.

표 5 | 국가급 사법감정센터 목록 현황

대학소속	중국정법대학 - 법대법정과학기술감정연구소, 서남정법대학 - 서남정법대학 사법감정센터, 중산대학 - 중산대학 법의감정센터
정부소속	최고인민검찰원 사법감정센터, 공안부 물증감정센터, 베이징시 공안사법감정센터, 상하이시 공안사법감정센터, 광둥성 공안사법감정센터, 베이징시 국가안전국 사법감정센터, 사법감정과학기술연구소 사법감정센터

(1) 최고인민검찰원 사법감정센터

최고인민검찰원 사법감정센터의 전신은 1985년에 설립된 고검원 사무청 형사기술실이다. 1988년에 형사기술실은 최고인민검찰원 검찰기술국으로 승격되었고 같은 시기에 최고인민검찰원 검찰기술과학연구소를 설립했다. 2000년에 고검원은 검찰기술국, 검찰기술과학연구소와 사무청 정보기술실을 합병하여 최고인민검찰원 검찰기술정보연구센터를 설립했다. 그 후 2007년에 사법감정센터로 등록되었다.

센터에서 현재 진행하는 감정 항목은 법의학 병리, 법의학 임상, 법의학 독물, 문서 감정, 영상 자료, 전자 증거, 사법 회계 등을 포함하고, 센터 내 감정인은 43명으로 그중 45%는 교수이며, 석사 이상 학력을 가진 사람은 교수를 제외하고 16명이다. 센터는 국내 동종 업계에서 가장 최신 기기 설비를 가지고 있다.

센터는 주로 최고인민검찰원과 하급검찰원이 검사하는 중요한 난제 사건의 검사 감정, 문증

165) 김시열, 『산업재산권 분야 공적감정제도 도입의 주요문제』, 한국지식재산연구원 심층분석, 2016, 8면을 인용.

166) 중국의 사법감정센터의 현황과 그에 대한 논의 부분은 중국 山西省 大同市 大同大學 北校區法學院의 사춘뢰(司春磊) 교수의 자문 내용을 바탕으로 하였다.

심사 등을 맡는다. 동시에 검찰이 중요한 난제 사건을 해결하는 능력을 향상시킬 수 있도록 사건 처리, 과학 연구 및 교육 서비스를 제공한다. 2008년 12월에 센터의 기초 건설, 전문 인재, 기술 능력과 관리 수준이 현저히 강화된 것을 6가지의 23건 실험을 통해 확인했다.

(2) 공안부 물증감정센터

1996년에 설립된 공안부 물증감정센터는 공안부 제2연구소에서 비롯되었다. 물증감정센터의 전신이 된 공안부 제2연구소는 공안부 126소의 이름이 변경된 것이다.

센터가 주로 하는 전문 감정은 법의학 병리 손상 감정, 법의학 물증 감정, DNA 감정, 독물 검사 감정, 마약 검사 감정, 미량 물증 감정, 흔적 감정, 지문 감정, 총탄 물증 검사 감정, 폭발 물증 검사 감정, 시청각 기술 검사, 문서 감정, 전자 물증 검사 감정, 쓰기 자료와 쓰기 시간의 검사 등과 관련된다. 센터 재직자는 300여 명으로 첨단 기술 전문 기술자가 있는데 그중에서 중국공정원 원사 1명, 연구원 38명, 부연구원 86명, 국무원 정부의 특수 수당을 받는 자 28명, “신세기 백천만 공사” 국가급 인원 3명, 박사 26명, 석사 60명이다.

센터는 주로 중국중앙과 중국 공안부가 맡긴 물증 검사 감정과 현장 검사 업무, 그리고 성급 공안기관이 제출하거나 기타 관련 기관이 의뢰한 각종 사건의 물증 감정 및 재검토 업무를 책임진다. 센터가 설립된 이래 각종 안전 13만여 건을 검증하고 감정했으며 중국에 많은 영향을 미친 중대 안전(사건)의 현장 검증이나 검사 감정 업무에 참여했다.

2006년 10월에 센터는 중국 합격 평가 국가인정위원회의 실험을 통해 공안기관 형사기술 분야에서 처음으로 인정받은 물증감정기구가 되었다.

(3) 베이징시 공안사법감정센터

베이징시 공안국 형사수사총부에 소속되어 사건 처리, 과학 연구, 교육과 교육을 하나로 모은 형사과학기술부서이다.

센터에는 16개의 전문 기술실이 설치되어 있다. 현장 검사실, 흔적 검사실, 현장 영상실, 이화 검사실, 폭발 검사실, 문서 검사실, 지문 검사실, 심리 검사실, 컴퓨터와 디지털 성문 검사실, 전자 물증 검사실, 법의학 병리 검사실, 법의학 임상 검사실, 독물 마약 검사실, DNA 검사실, 영상 기술실과 법의학 2실이다. 전국 최초로 공안부 중점 실험실인 “법정 독물 분석 공안부 중점 실험실”을 조직하였는데, 전문 기술자가 178명이고 그중 51%는 교수이다.

센터는 창립 이래 최근 10년 동안 매년 2만여 건씩 각종 전문 안전을 검사하고 감정하였다. 중대한 난제 사건, 돌발 사건, 군사 사건의 수사 과정에서 핵심적인 역할을 수행하며 정확한 단서와 과학적 증거를 제공하여 도움을 주었다. 2003년 실험실 승인을 통과한 이래 지금까지 흔적, 이화학, 문검, 지문, 전자물증, 영상자료, 법의학 병리, 법의학 임상, 법의학 독물, 법의학 물

증 등 10개 전공 92개 검사 항목이 현재 센터의 기본적인 업무이다.

(4) 상하이시公安사법감정센터

센터는 건전한 조직 구조, 완전한 실험실 품질 관리 체계와 전문화된 기술 팀을 가지고 있다. 법의실, 독화실, 영상실, 흔적검사실(문검전공 포함), 지문실, 이화실(심리테스트전공 포함), 생물물증실, 경찰견대와 종합실 9개가 설치되어 있고, 기술자 176명, 관리자 18명, 문직 50명이 있다. 기술자 중 교수는 68명(7명이 중국 국무원 정부의 특수 수당을 받는다), 조교수는 50명이다.

센터는 현장 검증, 법의학 병리학 검사, 법의학 임상 감정, 법의학 물증 검사, 이화 분석 검사와 흔적 검사 감정 등 전문 분야에서 강점을 가지고 중대한 난제 사건과 중요한 사건의 현장 검증과 연구 판정 능력, 각종 난제 물증을 검증하고 감정하는 능력과 다른 감정 기구가 많은 난제 사건을 재검토하는 능력을 갖추고 있다.

2007년 6월 이후 센터는 중국 합격 평가 국가인정위원회 시험을 통해 65종 165건이 인정되었고 전국公安기관 중에 첫 번째로 모든 전공을 인정받은 기관이다. 센터는 전국 최초의公安부 중점 실험실인 “법의학 물증학 현장 응용 기술公安부 중점 실험실”을 설립했고 2010년 2월에 과학기술부의 비준을 받아 상하이시 현장 물증 중점 실험실인 성부 공동 국가 중점 실험실 육성 기지를 설립했다.

(5) 광둥성公安사법감정센터

광둥성公安사법감정센터는 1979년 6월에 광둥성公安청 형사처 기술과를 이어 받아 설립되었다. 1996년에 정치급 단위로 승격되었고 2008년에 정식으로 상장되었다.

센터에는 기술 관리, 법의학 병리, 법의학 임상, 법의학 인류학, 법의학 물증, DNA 검사, 손자국, 발자국, 공구 흔적, 총탄 및 기타 흔적 검사, 폭발, 화학 검사, 독화, 이화, 마약, 미량 물증, 문서, 성문, 전자 물증 검사, 영상, 초상화, 거짓말 탐지, 지문, 경찰견 기술 등의 전공이 설치되어 있다. 센터에 현재 124명의 직원이 있는데 교수 35명, 조교수 27명, 감정 자격이 있는 사람 79명, 박사 대학원생 1명, 석사 대학원생 19명, 대학 본과 43명으로 이루어져 있다. 국무원 정부의 특수 수당을 받는 사람은 3명, 전국 형사 과학기술 청년 인재는 23명이다.

중남과 화남 지역에서 규모가 가장 크고 전문성이 가장 완비된公安 사법감정센터로서 광둥성公安사법감정센터는 많은 수의 큰 안건을 해결하며 중대한 부, 성 감독 사건 수사에서 핵심적인 역할을 하였다.

2008년 8월에 센터는 전국 최초로 국가가 인정한 성급公安사법감정기구가 되었다. 동시에 센터는公安부와 홍콩특구정부가 확정한 국내 유일의 홍콩 주민 내지 비혼생 자녀의 홍콩 정착 친권 감정을 담당하는 기구가 되었다.

(6) 베이징시 국가안전국 사법감정센터

국가안전기관이 설립해야 하는 감정기구로 사법행정기관에 등록되어 법에 따라 직책을 이행하고 수사 업무를 한다.

센터는 기준과 규범에 부합된 법의학류, 물증류와 영상 자료의 감정 업무에 종사하고 업무에 필요한 소양이 높은 전문가 감정인들과 선진적이고 신뢰할 수 있는 검측, 검사 설비와 시설, 작업 장소, 작업 환경을 갖추고 있다.

(7) 사법감정과학기술연구소 사법감정센터

사법부 사법감정과학기술연구소에 기초하여 1932년에 설립된 본 감정센터는 중국 근대 법의학과 사법감정의 발원지이다.

센터는 사법행정기관의 심사를 거쳐 등록된 전국 공, 검, 법, 사 및 사회, 공민을 대상으로 하는 사법감정기구이다. 사법감정업무 범위는 법의학 병리감정, 법의학 임상감정, 법의학 물증감정, 법의학 독물감정, 법의학 정신병감정, 문서감정, 흔적감정, 미량감정과 영상자료감정, 컴퓨터감정 등을 포함한다. 센터에는 현재 전문 감정인 70명이 있는데 그중에서 교수 35명, 국무원 특수 수당을 받는 감정인 10명이 있다.

사법감정에 대한 많은 수요로 인해 센터와 연구소가 함께 사법감정의 신기술, 새로운 방법, 새로운 기준에 대한 연구를 중점적으로 하고 있다. 중국 내 수준 높은 기술과 국제적으로 영향을 미치는 상징적인 성과는 사법감정에 과학기술적 기반을 제공한다. ISO/IEC17025와 ISO/IEC17020 국제표준을 포함하는 사법감정품질관리체계를 처음으로 개발하여 전국 사법감정업계에서 가장 먼저 중국합격평가국가인정위원회의 검사기구/실험실 인정을 받았고, 2009년에 다시 국가실험실/검사기구의 자질인정, 실험실/검사기구와 능력검증계획 제공자로 인정받았다. 본 사법감정센터는 객관적으로 국제 업계에서 인정하는 신뢰할 수 있는 데이터와 사법 증명을 제공하는 능력을 갖추고 있다.

(8) 법대(중국정법대학)법정 과학기술감정연구소

중국정법대학의 설립을 바탕으로 1986년 베이징시 고급인민법원 법의학술실을 설립했다. 1995년에 “베이징시 법정과학기술감정연구소”를 설립하여 전국인민대표대회 상임위원회의를 관철하기 위해 조정을 거친 후 2006년에 중국정법대학과 합병하여 이름을 바꾸었다.

사법행정기관의 심사를 거쳐 등록된 사법감정기구로 사법감정 업무 범위는 법의학 병리감정, 법의학 임상감정, 법의학 물증감정, 법의학 독물감정, 법의학 정신병감정, 문서감정, 흔적감정, 미량감정과 영상자료 감정이다. 현재 사법감정인 38명, 교수 16명, 부교수 16명, 석사 이상 학위

21명이고, 그중 24명은 전문 분야에서 10년 이상 근무했다.

이 연구소는 각종 감정 6만여 건(누적)을 달성했고, 각종 상담은 매년 1.5만 명에 달한다. 서비스 범위는 전국 각 성(省), 시(市), 구(区)에 분포되어 복잡한 사건을 맡아 각급 사법기관이 분쟁을 해결하는 데 과학적인 근거를 제공하여 사회에 도움을 주었다.

2008년 4월에 중국 합격 평가 국가인정위원회의와 국가인증 감독 관리위원회의 국가급의 자질을 인정받았다.

(9) 중산(Sun Yat-sen University)대학 법의학감정센터

1953년에 법의학 감정팀을 중국 중산대학에 설립했고 1998년에 법의학 감정센터를 설립했으며 2000년에 광둥성 정부에 의해 유일한 법의학 전문 재검토 감정 기구로 지정되었다.

센터는 사법행정기관의 심사를 거쳐 등록된 사법감정기구의 사법감정 업무 범위는 법의학 병리감정, 법의학 임상감정, 법의학 물증감정, 법의학 독물감정, 법의학 정신병감정을 포함한다. 현재 감정원 46명 중 사법감정인 23명, 감정보조원 23명이다. 교수는 20명으로 사법감정인의 87.0%를 차지하고 사법감정인 중 박사학위, 석사학위와 학사학위를 가진 인원은 각각 69.6%, 26.1%와 4.3%를 차지하며 전문가 사법감정인팀을 가지고 있다.

센터는 오랫동안 전국의 공, 검, 법, 사와 개인의 민사 및 형사 사건에 법의학 감정 업무를 제공해 왔다. 각 전공은 지금까지 6만여 건의 사건을 수리하고 감정했다. 법의학 병리, 법의학 임상과 법의학 물증 등 세 개의 주요 전공의 연간 검사 사건 총량은 5,000건보다 많고, 그중 검사 사건과 의심 사건, 중복 감정 사건의 비율이 높아 일부 민감한 사건의 감정에서 중요한 역할을 했다.

2008년 7월에 센터는 중국 합격 평가 국가인정위원회의 실험실/검사기구를 통해 인정받았다.

(10) 서남정법대학 사법감정센터

서남정법대학은 1950년대 중반부터 형사 수사와 사법 감정 교육, 과학 연구 활동에 종사하여 비교적 좋은 교수와 실무 기초를 가지고 있다. 1986년에 사법부의 기준을 거쳐 서남정법대학 사법감정센터를 설립하였다.

센터는 사법행정기관의 심사를 거쳐 등록된 사법감정기구로 사법감정 업무 범위는 법의학 병리감정, 법의학 임상감정, 법의학 물증감정, 법의학 독물감정, 문서감정, 흔적감정, 미량감정과 영상자료(전자증거)감정을 포함한다. 센터는 73명의 합리적인 감정 전문가 기술자, 관리자 팀이 있고, 수십 년의 사법감정 실무 경험과 풍부한 인재 자원을 가지고 있다.

센터는 물증류 감정을 위주로 하고 감정 종류가 기본적으로 완비된 사법감정 활동을 전개한다. 그중에서 필적과 문서 검사에 유명한 교수가 있는데 문서 형성 시간 감정이 강점이다.

센터는 이미 중국 합격 평가 국가인정위원회의 실험실/검사기구 인정과 국가인증 승인 감독 관리위원회의 국가급 자질 인정을 받았다.

다. 사법체계에서 사법감정센터 제도의 역할

최근까지 사법감정센터 운영을 통하여 증명한 바에 의하면 국가급 사법감정기구를 선발하는 것은 중국 사법감정관리제도를 보완하는 데 중요한 역할을 할 뿐만 아니라 국가급 사법감정기구가 기술 연구 개발과 기술 보급에 있어 선도적인 역할을 한다. 또한 기구 건설과 규범 집행 방면에서 시범이 되고, 난제 해결과 재감정 방면의 권위적인 역할을 함으로써 사법감정 업계의 발전을 효과적으로 높였다. 또한, 사법감정에 대한 사회 공신력을 높였다.

사법감정은 국가 사법 활동의 중요한 구성 부분으로서 사법 공정을 유지하고 사회 갈등을 해소하며 사회 분쟁을 해결하고 사회의 조화와 안정을 추진하는 데 대체할 수 없는 중요한 역할을 한다.

사법감정 업무를 잘하는 것은 조화로운 사회를 구축하는 내재적인 요건이다.

공평 정의는 조화로운 사회의 기본 특징 중의 하나다. 공평 정의를 실현하려면 반드시 사법 공정성에 의해 보장되어야 한다. 사법감정은 기술적 활동으로 과학적인 측면에서 사법 기관이 증거를 확인하는 데 도움을 주고 과학성과 법률성이 고도로 통합된 특징을 가진다. 그 내재적인 속성과 기본 준칙은 반드시 객관적이고 중립적이며 공정해야 한다는 것이다. 사법감정 기구와 감정인은 사법 감정 활동에서 중립적인 지위와 독립된 신분을 지니고 객관적이고 과학적이며 진실한 감정 의견을 제공하여 소송 활동이 순조롭게 진행되도록 하고 법률의 존엄성을 보호하며 공정한 사법 실현을 추진한다.

사법감정 업무를 잘하는 것은 조화로운 사회를 구축하는 객관적인 요건이다.

조화로운 사회를 구축하는 임무 중 하나는 바로 합리적이고 완비된 분쟁 해결 체제를 구축하는 것이다. 한편, 완전한 분쟁 해결 메커니즘은 반드시 세 가지 핵심 요소를 갖추어야 한다. 즉, 사실을 정확하게 인정할 수 있고 완전한 규칙 체계와 중립적인 제3자가 있어야 한다.

사법감정인의 지위는 과학기술적 지위와 법률적 지위 두 가지 측면을 포함하는데 과학적 지위로는 전문 지식을 가진 자연인이고 법률적 지위에서는 감정 의뢰를 받은 소송 활동의 참여자이다. 사법감정인의 소송 지위에는 두 가지 다른 학설이 있다. 대륙법계 국가에서 사법감정인은 일반적으로 전문 지식인의 “도움”을 이용하여 법원의 식별 활동을 하는 사람으로 판사의 과학적 보조인이다. 따라서 사법감정인의 직책은 법관의 지식과 경험의 부족을 보완하는 것이고 준사법 활동의 특징을 가진다.

그중에서 공안부가 2015년 4월 20일 발표한 (공통자[2005] 19호)의 통계 데이터에 따르면 매년 중국이 사법감정을 하는 사건에서 공안 기관의 감정 비율은 95%에 달한다. 다른 감정 기관

이 감정을 하는 것은 소수를 차지한다. 중국의 법률은公安 기관의 감정기구가 결론을 내리는 효력에 어떠한 제한도 없다. 이는 중국의 실무에서 법원은 수사 기관에 대해 보편적으로 신뢰하는 태도를 가지고 있기 때문이다. 따라서 감정기구가 제출한 서면 감정 결론을 법정에서 제시하는 것을 허락할 뿐만 아니라 통상적으로 최종적으로 이를 사건 사실을 인정하는 근거로 사용한다. 실무 중 법원이 수사기관의 감정 결론을 채택하지 않는 경우는 극히 드물다. 특히 전국인민대표대회 상무위원회의 '사법감정관리문제에 관한 결정'이 통과된 후 법원의 사법감정기구가 취소되었다. 판사가 재감정을 결정하면 반드시 다른 감정기구에 의뢰해야 하기 때문에 절차가 비교적 복잡해지고 판사들은公安기관이 내놓은 감정 결론을 부정하지 않으려 한다.

라. 사법감정센터에 대한 개선 논의

현재 중국에서 사법감정센터 체계에 대한 논의 가운데 가장 중요한 것은 사법감정기구의 독립성 확보이다. 현행 사법감정기구에 관한 제도는 수사기관이 수사 업무의 수요에 따라 감정기구를 설립할 수 있도록 되어 있어, 사실상公安기관과 매우 밀접한 관계를 갖는 체계로 구성되어 있다. 이에 사법감정기구의 약한 독립성으로 인한 문제가 제기되고 있으나,公安에서 독립성 부족 사실을 부정하고 있으며, 감정기구 설립에 관한 규정을 정한 전국인민대표대회 상무위원회의 '사법감정 관리 문제에 관한 결정'이 통과된 지 3년 밖에 지나지 않았다는 점 등을 고려할 때, 독립성 확보를 구현할 수 있는 제도 개선은 현실적으로 쉽지 않을 것으로 보인다. 이에 최소한 현행 제도적 틀을 변경하지 않는 범위 내에서라도 어느 정도의 개선이 필요하다는 주장도 제기되고 있다.

한편, 구체적인 개선 요구 논의는 다음과 같다.

첫째, 사건처리 인원의 일신이임을 엄격히 금지해야 한다는 것이다. 현재 실무상으로 사건의 처리 인원은 수사와 감정을 함께 책임지고 있는데, 이와 같은 형태의 업무 체계는 합리적이지 않다는 것이 이유이다. 서로 상이한 역할을 하는 수사과 감정(167)을 동일한 사람이 책임질 경우 객관적인 분석에 초점을 맞추기보다는 죄책을 입증하는 데 주의를 기울일 수밖에 없다고 보기 때문이다. 반대의 경우도 같다.

둘째, 감정을 담당하는 부서를公安기관의 수사부서와 분리하여야 한다는 것이다. 사건처리 인원의 경우와 유사한 것인데, 중국의 많은公安기관들은 모두 사법감정을 담당하는 부서를 형사부서 내부에 설치하였다. 이는 사법감정의 독립성을 확보하는 데 매우 부정적으로 작용한다. 이러한 체계는 감정이 수사를 위해 활용되도록 하는 부정행위를 방지할 수 없다. 또한 두 부서의 행정상 직급을 동일하게 맞출 필요도 있다.

167) 수사는 범죄 용의자의 유죄와 죄를 증명하는 데 중점을 두는 역할이고, 감정은 구체적 사실을 확인하여 실제적 진실을 탐지하는데 필요한 조력을 하는 데 그 역할을 갖는다.

셋째, 사건의 당사자가 수사기관에 속해 있는 사법감정 기구에 의해 감정하는 것을 반대할 경우, 다른 감정기구에 위탁하여 감정을 수행할 수 있도록 해야 한다는 것이다. 사법감정기구가 수사기관에 속해 있다보니 감정의 공정성에 대한 의심을 가질 수 있으며, 그러한 상황에서 감정을 수행한다면 실제 공정한 감정이 수행되었더라도 사건의 당사자가 그 결과에 승복하기 어렵기 때문이다.

넷째, 재판 절차 가운데 감정인이 반드시 출석 등의 참여가 가능하도록 해야 한다는 것이다. 현재 중국의 사법감정 실무에서는 감정인이 서면인 감정서만으로 결론을 제출하며, 재판 과정에서 법정에서 증언하는 등의 참여는 거의 하지 않는다. 그러다 보니 감정결과에 존재할 가능성이 있는 허위 내용이나 부실한 내용을 발견하고 보정하는 데 상당한 어려움이 있다. 이를 해결하기 위해 감정결과에 대한 구체적인 질의응답이 가능하도록 감정인을 재판 과정에 출석토록 하여 적극적으로 검증이 가능할 수 있어야 한다.

다섯째, 제3의 전문가를 활용하여 감정결과에 대한 검증이 가능한 체계를 마련해야 한다는 것이다. 수사기관 또는 재판부, 그리고 사건의 당사자는 감정대상에 대한 전문 지식이 없다보니, 감정결과를 제출받더라도 문제점을 찾기 어렵다. 이에 사건의 당사자는 제3의 전문가를 활용하여 감정결과를 검증할 수 있도록 할 필요가 있다고 한다.

한편, 2022년 7월 26일, 국가지식재산권국(CNIPA)은 ‘지식재산권 감정 업무 강화에 관한 의견(关于加强知识产权 鉴定工作的指导意见)’을 발표하였는데, 이는 지식재산권 보호의 생태계를 강화하기 위한 중요한 연결고리인 감정업무의 강화를 목적으로 한다. 특히 국가지식재산권국은 최근의 인공지능(AI), 정보통신(IT), 생물의학 등 복잡하고 전문적인 기술적 사실에 기반을 두는 분야의 사건이 증가함에 따라 그 중요성이 더욱 증가한다고 보았다. 따라서 감정결과에 대한 전문성과 공신력을 확보하기 위한 의견을 마련하여 발표한 것이다. 구체적인 과제로는 감정 의견에서 다루어진 내용의 검증을 거치도록 하였으며, 지식재산권 감정에 대한 국가표준을 마련하여 감정업무의 국가적 규범화를 추진, 감정기관의 육성, 그리고 지식재산권 감정기관의 선정 및 추천 시스템을 구축하여 전국적으로 통일된 지식재산권 감정기관 관리가 가능하도록 하며, 지식재산권 감정 업무에 대한 등급평가 방안 마련, 여러 기관의 협력 체계를 구축하도록 계획하였다.¹⁶⁸⁾

168) 한국지식재산연구원 지식재산동향(중국), “중국 국가지식재산권국, 지식재산권 감정 업무 강화에 관한 의견 발표” <https://www.kiip.re.kr/board/trend/view.do?bd_gb=trend&bd_cd=1&bd_item=0&po_item_gb=CN&po_no=21418>.

제4절

검토

별도의 제도를 두고 있는 중국의 경우를 별론으로 하면, 미국과 일본 모두 감정을 수행할 적절한 전문가를 선정하는 것이 가장 문제가 되고 있음을 알 수 있다. 감정을 위해서는 해당 분야에 대한 전문성을 갖추고, 공정한 감정을 수행할 수 있는 공공성 등을 충분히 확보해야 한다. 적절한 전문가 선정에 대한 책임이 각 당사자에 있는 사감정과 달리 법원이 전문가를 선정하여 활용하는 감정에 있어서는 법원이 적절한 전문가 선정에 대한 책임을 지게 된다. 그러다 보니 이를 위해서 특별한 노력을 투입해야 하는데, 그럼에도 불구하고 법원의 입장에서는 과연 선정된 전문가가 적절한 전문가인지 쉽게 확신할 수 없는 문제가 있는 것이다. 이는 매우 세분화된 전문분야의 내용, 특정 전문가의 개인적 관계, 학문적 견해 등 법원의 입장에서 쉽게 파악하기 어려운 요소들로 인한 문제이다. 이러한 지적은 우리나라에서도 역시 동일하게 제시된 바 있다. 감정을 하는 시간보다 감정인을 선정하여 지정하는 과정에 더 시간이 소요된다는 일본에서의 한 지적¹⁶⁹⁾과 같이, 우리나라에서의 재판, 특히 지식재산권 분야에서는 적절한 전문가를 감정인으로 선정하는 데 많은 부담이 있을 뿐 아니라 그 결과 역시 그리 적절하지 않은 경우가 있다는 데 문제가 제기된다. 이를 정리하면, 전문가 선정과 관련한 문제는 다양한 현장에 존재하는 전문가들을 체계적으로 파악하고 구체적 사안에 있어서 가장 적절한 전문가를 감정인으로 활용할 수 있는 체계가 필요하다는 것으로 이해할 수 있다. 다만, 이를 위한 체계는 법원 내에서 운용하기에 현실적 한계가 있으며, 이를 전담하는 체계가 필요하다는 것으로 볼 수 있다. 별도의 조직을 운용하고 있는 중국의 제도를 볼 때, 전문가 선정의 어려움에 대한 문제가 제기되고 있지 않다는 점은 의미가 있다.

아울러 각국의 제도에 대해 논의되는 사항들은 향후 우리나라의 감정제도를 개선함에 있어 의미를 갖는다. 법관과 전문가, 그리고 당사자 간의 의사소통 문제, 당사자 참여의 문제, 외관으로서의 공정성 확보방안 문제, 그리고 중국의 경우 감정 기구의 독립성 확보 문제 등이 제기된 바 있다. 소송법상의 감정제도 일반에 대한 논의가 아닌, 지식재산권, 특히 특허권을 중심으로 한 산업재산권 관련 소송에서의 감정을 대상으로 할 때, 이들 문제를 어떠한 방식으로 해결할 것인지 고민이 필요하다. 일반적인 소송법 체계하에서 전문가 증언제도를 활용하고 있는 미국, 일반적인 소송법 체계하에 있지만 지식재산권에 대해 별도의 감정제도를 마련하고 있는 일본, 그리고

169) 2000년 6월 13일 사법제도개혁위원회 제22차 회의 별지7번 <<https://lawcenter.ls.kagoshima-u.ac.jp/sihouseido/dai22/pdfs/s-13.pdf>>.

별도의 전문적인 감정을 수행할 기구를 마련한 중국 등 각국은 각자의 필요와 여건에 따라 다양하게 제도를 구성하고 있다. 우리의 경우도 주된 문제를 중심으로 다양하게 파생될 여러 문제들을 함께 고려할 수 있는 체계를 모색함이 필요하다.

법·제도 연구
지식재산권 소송에서 법관의 전문성 조력에 관한 연구
- 감정제도를 중심으로 -

제4장
**지식재산권 분야
소송감정제도의
개선방안**

제1절 주요 쟁점의 검토
제2절 개선방안

제1절

주요 쟁점의 검토

1. 타 조력수단을 통한 대체 가능성¹⁷⁰⁾

가. 문제의 소재

지식재산권 관련 재판에서 감정제도를 활용하는 과정에 발생하는 문제를 해결하기 위해 제도적 개선을 함에 앞서, 법관을 조력하기 위한 기존의 타 제도를 활용함으로써 현존하는 문제를 해결할 수 있는 방안이 될 수 있는지 살펴볼 필요가 있다. 특정의 제도가 갖는 한계를 다른 제도를 통해 극복할 수 있는 경우가 많다. 소송법 체계에서 존재하는 감정제도와 그 외 유사한 역할을 수행하는 제도들이 유기적 관계 속에서 감정제도의 한계를 보완할 수 있다면 제도개선이라는 작위적 노력을 들이지 않고도 나름의 효과를 얻을 수 있어 효율적이라 할 수 있기 때문이다.

재판 과정에서 법관을 조력함에 있어 중요한 점은 조력자의 역할이 소송법상의 절차에 있어서 어떠한 권한과 지위가 주어지는 것인가에 있다. 예를 들어 조력자는 재판의 합의에 참여할 수 있는 것인지, 법관에게 설명한 의견 또는 서면으로 제출한 의견을 법적 증거력이 있는 것인지, 각종 기일절차에서 법관과 같이 당사자에게 질문할 수 있는지 등이 중요한 요인이다. 아울러 명문의 규정은 없지만 민사소송규칙 제22조와 석명권(민사소송법 제12조 제1항), 실기한 공격과 방어 방법의 각하(민사소송법 제138조) 등의 규정에 의해 소송자료인 사실 및 증거 수집과 제출을 전적으로 당사자의 책임으로 하는 것이 기본원칙으로 자리잡고 있다. 전문 분야에 대한 재판에서도 자유심증주의 원칙에 따라 법권이 판단을 내려야 하는 것이 기본원칙임에도 법관에게 제출한 조력자의 서면(의견서, 감정서 등) 등이 단순히 법관을 보조하는 것을 넘어서는 역할을 할 수 있는 것인지가 논의되는 사실 역시 중요한 문제로 다루어지고 있다. 이러한 요인들이 유의미하게 적용될 경우 감정제도가 갖는 한계들을 적절히 보완할 수 있는 수단으로 기능할 수 있을 것으로 생각할 수 있다.

170) 타 조력수단을 통한 대체 가능성에 관한 부분은 권태복 변리사(아리특허법률사무소)의 자문 내용을 바탕으로 하였다.

나. 법관의 조력을 위한 주요 수단별 검토

(1) 기술심리관 제도의 검토

기술심리관은 사건의 기술적·전문적 사항에 관하여 법원의 수사 자문과 설명을 할 뿐만 아니라, 기술적 사항에 관련된 증거판단 및 사실문제에 관한 조사·검토를 한 의견서를 담당 법관에게 제출하고 있고, 그 의견서를 근거로 재판절차에서 진술할 수 있는 등 실제 법관의 판단에 많은 영향을 주고 있는 것도 사실이지만, 그 의견서는 사실과 증거의 수집과 제출을 전적으로 당사자의 책임으로 하는 변론주의에 의하여 증거력이 없다보니 기술심리관의 역할과 권한이 과연 무엇인지 의문시되고 있다.

기술심리관은 변론 또는 준비절차에서 재판장 또는 수명법관의 허가를 얻어 기술적인 사항에 관하여 소송관계인에게 질문을 할 수 있고, 그 재판 합의과정에서도 기술적 사항에 관하여 의견을 서면 제출 및 진술할 수 있지만, 그 제출한 서면과 진술한 의견은 공개하지 않기 때문에 실질적으로 기술심리관이 법관에게 어느 정도의 조력을 한 것인지를 알 수 없고, 이는 기술심리관이 법관의 실질적인 조력자라기보다는 법관의 기술적 쟁점사항 판단에 단순히 보조하는 역할 정도로 활용되고 있는 것으로밖에 볼 수 없다.

(2) 전문심리위원 제도의 검토

전문심리위원을 소송절차에 참여시키는 경우 당사자의 의견을 들어 각 사건마다 1인 이상의 전문심리위원을 지정하여야 하는데(민사소송법 제164조의4 제1항), 여기서 당사자의 의견이 일치하는 전문심리위원을 선정함에 있어서는 전문심리위원의 개개인을 대상으로 하기 때문에 전문 지식의 수준이나 과거의 전문 경력, 객관성 등에 관한 이해관계가 첨예하게 대립할 수 있는 점이 쟁점이 될 수 있다.

전문심리위원으로 임명된 상임전문심리위원은 법원행정처장의 허가 없이 영리를 목적으로 하는 다른 직무를 겸할 수 없고(위 재판예규 제2조의2 제3항) 또한 위촉기간은 2년(재위촉 가능)으로 한정되어 있으므로, 전문심리위원이 하나의 직업으로 법관의 조력업무를 장기적으로 수행하는 것에는 한계가 있고, 특히 특허권에 관한 첨단기술 분야별 전문직으로서의 인력 공급이 적절히 이루어질 것으로 보는 것에도 한계가 있다.

지식재산권 소송 등에 있어서도 자유심증주의 원칙에 따라 법관이 판단을 내려야 하므로 전문심리위원의 지위를 법관의 보조자로 판단해야 하고, 물론 법관의 협력자로서 인정하는 경우에는 전문가에 의한 재판이라는 비판을 면할 수 없지만, 전문심리위원은 특허소송에 있어서 청구 범위의 해석이나 기술적 동일성 판단, 통상의 기술자에 대한 기술 수준의 특정과 진보성(무효) 판단 등에 관해서 법관의 재판에 지대한 영향을 미칠 수 있음에도 불구하고 전문심리위원이 작성하

여 법관에게 제출한 의견 등이 증거력이 될 수 없다는 문제점이 있다.

다. 검토

기술심리관 또는 전문심리위원 제도는 별도의 비용이 크게 수반되지 않는다. 이는 상당한 비용의 소요가 큰 문제로 지적되는 감정제도에 비하여 장점이라 할 수 있다. 그러나 기술심리관의 경우 다양한 분야의 전문성을 완전히 갖추기 어렵다는 물리적 한계, 그리고 사실상 단순히 법관을 보조하는 역할에 불과할 수밖에 없어 감정인의 역할을 충분히 대체 혹은 그 한계를 보완할 수 있는 대체 수단이 되기는 어렵다. 전문심리위원의 경우에는 전문성의 확보가 장점일 수 있으나 실무적으로 대상 사건에 요구되는 전문성을 정확히 갖춘 전문심리위원을 선정하기 어렵다는 점, 상당한 시간과 노력을 들여 분석 등이 이루어져야 할 대상에 대해서는 그와 같이 하기 어렵다는 점 등으로 인하여 감정인을 대체 혹은 그 한계를 보완할 수 있는 대체 수단이 되기 어렵다. 특히 지식재산권 관련 재판에서 소송감정제도를 활용 시 가장 문제로 지적되는 적절한 감정인을 발굴하고 지정하는 문제는 전문심리위원 제도 역시 동일하게 발생한다.

2. 전문자격제도 규정과 충돌 우려에 대한 문제¹⁷¹⁾

가. 문제의 소재

지식재산권 분야에는 여러 관련 전문자격이 연관되어 있다. 대표적으로 변리사, 변호사, 그리고 가치평가 영역에 대해서는 감정평가사¹⁷²⁾ 등 다양한 전문자격사가 지식재산권 분쟁에 대한 역할을 수행하고 있다. 이들이 아닌 제3의 주체가 감정을 수행할 경우 일정한 범위에서 배타적 역할을 부여하고 있는 각 전문자격에 관한 법률과 충돌이 발생할 수 있다는 지적이 오랫동안 제기되어 왔다. 지식재산권 관련 재판 과정에서 감정이 수행될 경우, 그 감정은 기술적 사항뿐만 아니라 그에 대한 전문가적 판단을 위한 전제로서 법률적 사항이 고려될 수밖에 없다는 기술과 법의 복합적 내용을 담고 있기 때문에 더욱 전문자격의 업역과 중첩될 수 있다는 문제를 내포하고 있었다. 특히 법원의 감정인 지정, 혹은 감정촉탁 절차에 의해 감정을 수행할 경우 이들 법률의 규정과 상충될 여지가 있는지 검토가 필요하다.

171) 변리사법, 변호사법 등 전문자격제도 규정과의 충돌 우려에 대한 문제 부분은 최승재 교수(세종대학교 법학과)의 자문 내용을 바탕으로 하였다.

172) 감정평가사에 관한 문제는 본 연구의 주제와 직접 연관을 갖는 것은 아니어서 이에 대한 구체적인 논의는 제외한다.

나. 변리사법 제2조 위반 여부에 대한 문제 검토

변리사법은 제2조에서 변리사의 업무를 규정하며, “변리사는 특허청 또는 법원에 대하여 특허, 실용신안, 디자인 또는 상표에 관한 사항을 대리하고 그 사항에 관한 감정(鑑定)과 그 밖의 사무를 수행하는 것을 업(業)으로 한다”고 정한다. 그런데 현행법에 따르면 변리사의 업무 범위로 규정되어 있는 “특허청 또는 법원에 대하여 특허, 실용신안, 디자인 또는 상표에 관한 사항에 관한 감정(鑑定)” 업무를 변리사 아닌 사람이 수행하는 것은 처벌 대상에 포섭되지 않는다. 즉, 변리사가 아닌 사람에 의한 “특허청 또는 법원에 대하여 특허, 실용신안, 디자인 또는 상표에 관한 사항의 대리” 업무만이 처벌 대상으로 포섭되어 있는 것이다(변리사법 제21조173) 및 제2조 참조). 변리사법의 이러한 태도는 변리사법 제정 이후 지금까지 줄곧 이어져 내려온 태도이다.

이와 같이 변리사법에서 변리사 아닌 사람에 의한 “특허청 또는 법원에 대하여 특허, 실용신안, 디자인 또는 상표에 관한 사항에 관한 감정(鑑定)” 업무를 허용해온 결과, 산업재산권 분야의 감정에 관해서는 변리사가 아닌 일반종사자들이 확고한 전문성을 갖추어 활동하고 있는 것으로 볼 수 있음이 현재의 실정이다.

산업재산권 분야의 감정 업무를 세분하여 살펴보면, ① 산업재산권의 침해 여부에 대한 감정(이른바 ‘침해 감정’), ② 산업재산권의 무효 여부에 관한 감정(이른바 ‘무효 감정’), ③ 기술이전 거래 및 경매나 공매 등을 위한 산업재산권의 금전적 가치를 평가하는 가치평가 감정(이른바 ‘가치평가 감정’), ④ 산업재산권의 사업성 평가 감정(이른바 ‘사업성 평가 감정’) 등으로 나누어 볼 수 있다. 여기서 앞의 두 영역, 즉 산업재산권의 침해 또는 무효 여부에 대한 감정이나 판단은 변리사와 변호사가 주로 수행하는 업무로서 산업재산권의 침해 여부, 무효 여부에 대한 법률판단은 기술적 요소에 대한 평가와 법률적 요소에 대한 평가가 혼재되어 있는 영역으로서 그 영역의 업무는 본질적 속성상 ‘법률사무’에 해당한다. 따라서 변호사법 제3조 및 변리사법 제2조 등 관련 법률에 따라 해당 업무의 수행이 허용되는 변호사나 변리사 등 전문자격사를 제외하고는 변호사법 제109조 제1호에 의해 형사처벌의 대상이 되는 영역이라고 할 수 있다. 그러나 이와 같은 영역을 제외한 그 나머지 영역, 즉 산업재산권의 기술적 평가, 예를 들어 특허에 있어서 기술의 신규성, 진보성 측면에서의 기술평가 등을 통해 특허 등의 침해 여부나 무효 여부에 대한 법관의 판단을 지원하는 역할은 대학이나 연구자, 연구기관, 연구단체, 학술기관, 관련 기술을 평가하는 민간회사 등에서 수행하지 못하도록 금지시켜야 할 이유가 현행법 체계에서는 없다고 보인다. 변리사법 제정 이후 현재에 이르기까지 해당 영역의 감정 등을 자유롭게 허용하는 입법태도에 따라 대학이나 연구자, 연구기관, 연구단체, 학술기관, 민간회사 등 일반종사자들이 확고한 전문성을 갖추고 활발하게 활동하고 있다. 이와 같은 법률 규정의 해석과 현재의 관련 시장의 운영 실태

173) 제21조(변리사가 아닌 자의 변리사 업무금지) 변리사가 아닌 자는 제2조에 따른 대리 업무를 하지 못한다.

등을 보면, 변리사가 아닌 주체가 법원의 명령을 받아 소송감정을 수행하는 것 자체가 변리사법 제2조 위반의 문제가 된다고 보기는 어렵다고 판단된다.

최근에는 특허, 실용신안, 디자인 또는 상표에 대해서는 변리사만이 감정을 할 수 있는 것으로 변리사법 개정을 하고자 하는 논의가 나오고 있다. 이에 대해서는 변리사가 특별히 다른 경쟁 분야에 속한 종사자보다 우월한 역량을 갖추고 있다고 볼 수 있더라도 이미 동종의 사업을 수행하고 있는 다양한 업종과 분야 간의 경쟁이 형성되어 있는 실정에 비추어 볼 때, 굳이 현재 다른 분야에서 활동하고 있는 종사자들과 업체 및 기관 등을 배제하면서까지 이와 같은 업무를 변리사만이 수행할 수 있는 독점적 업무로 변경해야 할 이유가 명확히 존재하기는 어렵다는 비판이 있다.¹⁷⁴⁾

표 6 변리사법 일부개정법률안(우원식의원 대표발의, 2017846호)

현행법	개정안
제1조(목적) 이 법은 변리사 제도를 확립하여 발명가의 권익을 보호하고 산업재산권 제도 및 산업의 발전에 이바지함을 목적으로 한다.	제1조(목적) 이 법은 지식재산권에 관한 전문가로서 변리사 제도를 확립하여 지식재산권의 창출, 보호 및 활용을 도모하고 지식재산권 제도와 과학기술, 산업 및 경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다.
제2조(업무) 변리사는 특허청 또는 법원에 대하여 특허, 실용신안, 디자인 또는 상표에 관한 사항을 대리하고 그 사항에 관한 감정(鑑定)과 그 밖의 사무를 수행하는 것을 업(業)으로 한다.	제2조(업무) ① 변리사는 다음 각호의 업무를 행한다. 1. 특허, 실용신안, 디자인 또는 상표에 관한 사항의 대리 2. 특허, 실용신안, 디자인 또는 상표에 관한 사항의 감정(鑑定), 상담(문서의 작성을 포함한다. 이하 이 조에서 같다), 자문, 중개, 알선과 그 밖의 사무 ② 변리사는 제1항의 업무 외에 「지식재산 기본법」 제3조 제1호 및 제2호에 따른 지식재산 및 신지식재산의 창출, 보호 및 활용에 관한 사항에 대한 대리, 감정, 상담, 자문, 중개, 알선과 그 밖의 지식재산 법률사무에 관한 업무를 수행할 수 있다. 다만, 다른 법률에 따라 해당 업무를 수행하는 것이 제한되어 있는 사항에 대하여는 그러하지 아니하다. ③ 제1항 및 제2항에서 규정한 사항과 그 밖에 변리사의 업무와 관련하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
제21조(변리사가 아닌 자의 변리사 업무금지) 변리사가 아닌 자는 제2조에 따른 대리 업무를 하지 못한다.	제21조(변리사가 아닌 자의 변리사 업무금지) ① ----- -----제2조제1항제1호에 따른 업무----- ② 변리사가 아닌 자는 다른 법률에 따라 허용되는 경우를 제외하고는 제2조제1항제2호에 따른 업무를 하지 못한다.

174) 최승재, “감정 수행의 변호사법·변리사법과의 충돌문제 검토”, IP소송에서 법관 조력제도 개선을 위한 세미나, 한국지식재산연구원, 2022. 5. 26, 5면 참조.

다. 변호사법 제3조 및 제109조 제1호의 위반 여부에 대한 문제 검토

변호사의 업무는 제3조 및 제109조 제1호에 의하여 정해진다. 그런데 이 두 규정은 서로 다른 법이 합쳐지면서 만들어진 조문으로 그 대상이 완전히 동일하지는 않다.¹⁷⁵⁾ 여기서 문제되는 것은 변호사법 제109조 제1호 마목의 ‘그 밖에 일반의 법률사건’의 해석이다. 여기서 ‘그 밖에 일반의 법률사건’의 해석은 가목에서 라목까지 열거된 사건과 같이 법률상의 권리의무에 관하여 다툼이나 의문이 있거나 새로운 권리의무관계의 발생에 관한 사건 일반을 의미한다.

▮ 표 7 ▮ 변호사법 제3조, 제109조

제3조(변호사의 직무) 변호사는 당사자와 그 밖의 관계인의 위임이나 국가·지방자치단체와 그 밖의 공공기관(이하 “공공기관”이라 한다)의 위촉 등에 의하여 소송에 관한 행위 및 행정처분의 청구에 관한 대리행위와 일반 법률 사무를 하는 것을 그 직무로 한다.

제109조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다. 이 경우 벌금과 징역은 병과(併科)할 수 있다.

1. 변호사가 아니면서 금품·향응 또는 그 밖의 이익을 받거나 받을 것을 약속하고 또는 제3자에게 이를 공여하게 하거나 공여하게 할 것을 약속하고 다음 각 목의 사건에 관하여 감정·대리·중재·화해·청탁·법률상담 또는 법률 관계 문서 작성, 그 밖의 법률사무를 취급하거나 이러한 행위를 알선한 자
 - 가. 소송 사건, 비송 사건, 가사 조정 또는 심판 사건
 - 나. 행정심판 또는 심사의 청구나 이익신청, 그 밖에 행정기관에 대한 불복신청 사건
 - 다. 수사기관에서 취급 중인 수사 사건
 - 라. 법령에 따라 설치된 조사기관에서 취급 중인 조사 사건
 - 마. 그 밖에 일반의 법률사건
2. 제33조 또는 제34조(제57조, 제58조의16 또는 제58조의30에 따라 준용되는 경우를 포함한다)를 위반한 자

이에 대해, 대법원은 “구 변호사법(2008. 3. 28. 법률 제8991호로 개정되기 전의 것) 제109조 제1호에서 정한 ‘기타 법률사무’라고 함은 법률상의 효과를 발생·변경·소멸시키는 사항의 처리 및 법률상의 효과를 보전하거나 명확하게 하는 사항의 처리를 뜻하는 것인데, 그러한 법률사무를 취급하는 행위는 법률상의 효과를 발생·변경·소멸·보전 또는 명확하게 하는 사항의 처리와 관련된 행위이면 족하고, 직접적으로 법률상의 효과를 발생·변경·소멸·보전 또는 명확하게 하는 행위에 한정되는 것은 아니다.”라고 하고 있다.¹⁷⁶⁾

또 대법원은 상가의 분양 및 임대에 관하여 분쟁이 발생한 이해관계인들 사이에 화해, 합의

175) 최승재, “변호사법 제3조의 해석과 변호사의 직무범위에 대한 연구”, 변호사 제47-II집, 2015, 331-356면.

176) 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010도387 판결 [특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)·특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)·부정처사후수뢰·특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(수재등)·특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(증재등)·특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)·조세범처벌법위반·뇌물공여].

서, 분양계약서의 작성 및 등기사무 등을 처리한 것이 변호사법 제90조 제2호 소정의 기타 일반의 법률사건에 관하여 법률사무를 취급한 것에 해당한다고 본 사례에서, “일반적으로 변호사는 기본적 인권의 옹호와 사회정의의 실현을 사명으로 하여 널리 법률사무를 행하는 것을 그 직무로 하므로 변호사법에는 변호사의 자격을 엄격히 제한하고 그 직무의 성실, 적정한 수행을 위해 필요한 규율에 따르도록 하는 등 제반의 조치를 강구하고 있는데 그러한 자격이 없고, 규율에 따르지 않는 사람이 처음부터 금품 기타 이익을 얻기 위해 타인의 법률사건에 개입함을 방치하면 당사자 기타 이해관계인의 이익을 해하고 법률생활의 공정, 원활한 운용을 방해하며 나아가 법질서를 문란케 할 우려가 있으므로 비변호사의 법률사무취급을 금지하는 변호사법 제90조 제2호는 변호사제도를 유지함으로써 바로 그러한 우려를 불식시키려는 취지라고 보아야 할 것인바, 이러한 입법 취지와 같은 법 제3조에서 일반 법률사무를 변호사의 직무로 규정하고 있는 점을 감안하여 보면, 같은 법 제90조 제2호 소정의 ‘기타 일반의 법률사건’이라 함은 법률상의 권리·의무에 관하여 다툼 또는 의문이 있거나, 새로운 권리의무관계의 발생에 관한 사건 일반을 말한다.”라고 판시한 바 있다.¹⁷⁷⁾

헌법재판소도 변호사법(2000. 1. 28. 법률 제6207호로 전부 개정된 것) 제109조 제1호 위헌여부에 대한 결정에서 “이 사건 법률조항의 ‘일반의 법률사건’과 ‘법률사무’는 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인이 구체적으로 어떤 사건 또는 사무가 이에 해당하는지 알 수 있다고 보여지고 법관의 자의적인 해석으로 확대될 염려가 없다고 할 것이므로 죄형법정주의에서 요구하는 형벌법규의 명확성원칙에 위배된다고 볼 수 없다.”라고 하면서, “이 사건 법률조항은 변호사제도를 보호·유지하려는 데 그 목적이 있어 실현하고자 하는 공익이 정당하고, 변호사제도의 목적을 달성하기 위해서는 비변호사의 법률사무취급의 금지는 불가피한 것으로 공익실현을 위한 기본권제한의 수단이 적정하며, 단지 금품 등 이익을 얻을 목적의 법률사무취급만을 금지하고 있는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 법률조항이 과잉금지의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.”라고 결정하였다.¹⁷⁸⁾

헌법재판소는 “이 사건 법률규정이 변호사 아닌 다른 법률사무관련 직종에 종사하는 자에게는 법률사무의 일부만이 허용되는 결과를 가져왔다고 하더라도, 그것은 법무사, 변리사 및 손해사정인 등 법률사무관련 직업에 대한 자격제도를 도입하게 된 배경과 목적, 각 전문 분야가 갖는 특성 등에 비추어 볼 때 합리적인 차이에 따른 것이므로, 평등원칙에 위반된다고 볼 수 없다.”라고 하였고, “이 사건 법률조항은 ‘금품·향응 기타 이익을 받거나 받을 것을 약속하고 또는 제3자에게 이를 공여하게 하거나 공여하게 할 것을 약속하고 법률사무를 취급한 자’만을 처벌하고 있을 뿐 결사 또는 단체의 설립과 운영을 제한하거나 현저하게 곤란하게 하지는 않으므로, 결사의

177) 대법원 1998. 8. 21. 선고 96도2340 판결 [변호사법위반·배임].

178) 헌법재판소 2007. 8. 30. 선고 2006헌바96 전원재판부 [변호사법제109조제1호위헌소원] [헌공131, 979].

자유를 침해하지 않는다.”라고 판시하여 합헌으로 보았다.¹⁷⁹⁾

이와 같은 법원 및 헌법재판소의 판단에 의하면 법률사무에 대해서는 변호사만이 업무를 수행할 수 있다는 점을 알 수 있다. 그렇다면 변호사법 제109조의 문제와 감정의 문제를 살펴본다.

그런데 변호사법은 변호사가 아닌 자는 이익을 취득하고서 변호사의 직무에 대하여 감정 그 밖의 법률사무를 취급하거나 이러한 행위를 알선할 수 없도록 정하고 있다. 대법원은 감정과 관련하여 다음과 같이 판단하고 있다.¹⁸⁰⁾ 대법원은 아파트 입주민들의 아파트건설사업주체에 대한 손해배상청구에 필요한 자료제공의 일환으로 실시한 하자감정행위가 변호사법 제90조 제2호 소정의 ‘감정’에 해당한다고 한 사례에서 “변호사법 제90조 제2호 소정의 ‘감정’은, 법률상의 권리의무에 관하여 다툼 또는 의문이 있거나 새로운 권리의무관계의 발생에 관한 사건 일반에 있어서 그 분쟁이나 논의의 해결을 위하여 행하여지는 법률사무취급의 한 태양으로 이해되어야 하고, 따라서 ‘감정’은 법률상의 전문지식에 기하여 구체적인 사안에 관하여 판단을 내리는 행위로서 법률 외의 전문지식에 기한 것은 제외되어야 한다.”라고 판시하였다.

이런 법리에 기초하여 대법원은 “변호사법 제90조 제2호가 규정하는 ‘대리’는 사실상 본인을 대신하여 법률사건에 관여하는 경우를 포함하는 것이므로, 피고인과 하자감정용역계약을 체결한 아파트 입주민들이 제기한 소송사건에 관하여 피고인이 아파트 입주민들을 위하여 소송서류 및 형사고소장을 작성하여 주고 재판부의 현장검증에 참여하여 하자 내역을 설명하는 등의 행위는 비록 그 소송사건에 관하여 아파트 입주민들의 소송대리인이 따로 선임되어 있었다 하더라도, 사실상 아파트 입주민들을 대신하여 구체적인 소송사건에 관여한 경우에 해당하여 위의 ‘대리’에 해당한다.”고 하여 변호사법 위반 방조를 인정하였다.¹⁸¹⁾

반면 대법원은 다음의 사례에서는 감정의 경우에 변호사법 위반을 인정하지 않았다. 대법원은 “구 변호사법(2000. 1. 28. 법률 제6207호로 전문개정되기 전의 것) 제90조 제2호 소정의 ‘감정’은 법률상의 권리의무에 관하여 다툼 또는 의문이 있거나 새로운 권리의무관계의 발생에 관한 사건 일반에 있어서 그 분쟁이나 논의의 해결을 위하여 행하여지는 법률사무취급의 한 태양으로 이해되어야 하고, 따라서 ‘감정’은 법률상의 전문지식에 기하여 구체적인 사안에 관하여 판단을 내리는 행위로서 법률 외의 전문지식에 기한 것은 제외되어야 한다(대법원 1999. 12. 24. 선고 99도771 판결 참조)”고 하면서 의사가 의학지식에 기초한 감정을 하는 것과 같은 경우를 변호사법 위반으로 보지 않았다.¹⁸²⁾

179) 헌법재판소 2007. 8. 30. 선고 2006헌바96 전원재판부 [변호사법제109조제1호위헌소원] [헌공131, 979].

180) 대법원 1999. 12. 24. 선고 99도771 판결.

181) 대법원 1999. 12. 24. 선고 99도771 판결.

182) 대법원 2007. 9. 6. 선고 2005도9521 판결.

대법원은 “기록에 의하면, 피고인이 대표이사로 있는 화신은 아파트관리 및 하자보수공사 등을 목적으로 하는 회사인 점, 피고인이 4곳의 아파트에 대한 하자 내역을 파악하기 위하여 하자 조사를 실시하고 하자보수공사금액을 산출하여 하자조사보고서를 작성한 점 등의 사정을 알 수 있으므로, 화신이 그 영위하는 사업의 성질상 그 분야의 전문지식과 경험을 갖추고 그에 기해 아파트 등 대상 건축물에 내재된 하자 및 그 보수에 필요한 비용을 조사·산정하여 하자조사보고서를 작성하는 것은 사업 수행 과정에서 통상적으로 행할 수 있는 업무라고 할 것인바, 이러한 경우 그 하자조사보고서의 작성이 ‘법률상의 감정’에 해당되는 것으로 인정하기 위해서는, 그 하자 보고서의 내용 중 회사의 통상적인 업무 범위에 속하지 않는 법률적 지식이나 경험을 바탕으로 한 법률상의 판단이나 견해가 포함되어 있어야 할 것이므로 과연 어떠한 부분이 그에 해당하는지를 심리하여 구체적으로 적시하여야 할 것이고, 그 내용이 위 회사가 업무 수행상 통상적으로 행할 수 있는 조사보고에 불과하다면 비록 피고인이 원심 판시의 입주자대표회의와 맺은 소송약정이 위법하고 그 하자보고서를 소송수행에 필요한 자료제공의 일환으로 작성하였다 하여도 그것만으로 곧 위 하자보고서의 작성이 변호사법 제109조 제1호 소정의 ‘감정’에 해당한다고 할 수는 없을 것이다.”이라고 하면서, 변호사법 위반을 인정한 원심법원의 판결을 파기환송하였다.

대법원은 “원심은 이와 달리, 피고인이 4곳의 아파트 입주자대표회의와 위와 같이 소송약정을 하고 소송을 제기하기 위한 전제로서 그 하자의 내역을 파악하기 위하여 하자조사를 실시하고 하자보수공사금액을 산출하여 하자조사보고서를 작성한 것은 소송에 필요한 자료제공의 일환으로 행하여진 것이고, 따라서 피고인의 위와 같은 행위는 구체적인 법률사건에 관하여 피고인의 건축관계 전문지식에 기한 판단으로서의 성질뿐만 아니라 피고인 나름대로의 경험을 토대로 한 법률적 지식에 기하여 장차 아파트 입주자들의 청구가능한 손해배상액에 관한 피고인의 법률적 견해표명을 겸하고 있어 변호사법 제109조 제1호 소정의 ‘감정’에 해당한다고 판단하였으나, 이러한 원심의 조치에는, 변호사법 제109조 제1호의 ‘감정’에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이고, 이는 판결의 결과에 영향을 미쳤다고 할 것이다.”라고 하여 건축물감정이 변호사법 위반이 되는 것은 아니라고 하였다.¹⁸³⁾

이러한 점에서 보면, 변호사가 아닌 자 혹은 기관이 법원의 감정명령 또는 감정촉탁에 의하여 그에 대한 회신을 하는 업무를 수행한다고 하더라도 의사의 신체장애감정이나 대한건축사협회의 건축하자감정과 같은 법적 판단에 대한 것이 아닌, 또는 법적 견해의 표명을 겸한다고 하더라도 산업재산권의 기반이 되는 기술적 사상 등에 대한 전문성에 기초하여 감정의견을 제시하는 것이라면 변호사법 제109조 위반의 문제는 없다고 판단된다.

183) 대법원 2007. 9. 6. 선고 2005도9521 판결.

라. 검토

현행의 변리사법에 의해서는 특허, 실용신안, 디자인 또는 상표에 관한 감정을 수행하는 것이 문제되지 않는다고 본다.¹⁸⁴⁾ 아울러 특허, 실용신안, 디자인 또는 상표 이외의 산업재산권 분야, 즉, 영업비밀에 대한 사항, 부정경쟁행위에 대한 사항, 반도체배치설계에 대한 사항 등에 대해서는 변리사법이 정하고 있는 변리사의 업무에 속하지 않는다. 이에 변리사법에 의한 업무범위 규제는 소송감정에 있어서 큰 의미를 갖지 않는다.

반면, 변호사법에 의한 규제는 주의가 필요할 것으로 보인다. 변호사법은 변호사가 아닌 주체가 감정 등의 법률사무를 수행할 경우 이를 규제하고 있으며 변리사법과 달리 처벌규정을 함께 갖고 있다. 그런데 변호사가 아닌 주체가 감정을 수행하더라도, 특히 변호사가 아닌 공공기관 등이 법원의 촉탁에 의해 소송감정을 수행할 경우에 감정의견의 내용 가운데 법률적 사항이 포함되어 있다는 사실만으로 위법하다고 볼 수는 없다. 감정의견의 내용이 법률사무에 관한 사항을 주로 하는 것인지, 아니면 법률사무 이외의 사항을 다루면서 법적 견해의 표명이 포함된 것인지에 따라 달리 보아야 하며, 후자에 해당할 경우는 변호사법 위반의 소지가 없다고 판단된다.

지식재산권 관련 소송에서 감정(소송감정)의 내용은 통상 법률적 판단 또는 그 해석을 대상으로 하기보다, 지식재산권이라는 법적 권리에 기반한 일련의 기술적 사실 등을 대상으로 하는 경우가 일반적이다. 또한 법원은 이와 같은 감정의 수행을 위하여 직접 변호사 또는 변리사를 감정인으로 활용하는 것은 실무적으로 다소간의 이견(異見)이 존재하기도 한다. 이러한 점은 결국 제도상·실무상의 공백으로 작용하게 되는데, 앞서 살펴본 현행 지식재산권 관련 소송에서 감정제도가 갖는 문제점들은 이 공백으로 인하여 발생한 것들이다. 변호사 업무 범위에 관한 변호사법 규정의 문제는 해석론만 갖고는 애매한 지점이 존재한다. 이러한 애매함은 그것이 작은 부분이라도 제도적 안정성을 해치는 요인으로 작용할 수밖에 없다. 이러한 점을 고려할 때, 공공영역에서 소송감정에 어떠한 모습으로 참여할 제도를 마련하고자 할 경우에는 중국적으로는 입법적인 해결을 취하는 방향으로 하는 것이 적절할 것으로 보인다.

184) 대한변리사회로부터 특허감정(대상 행위가 감정에 속하는 행위인지 여부에 대해서는 논란이 있다)수행에 관하여 변리사법 및 변호사법 위반으로 고발당한 웹스에 대해 서울중앙지방검찰청이 변리사법 위반은 적용하지 않고 변호사법 위반으로만 기소한 사례(2021년)는 참고할 만하다. 최호 기자, “검찰, 국내 1위 특허 선행기술조사 전문기업 기소... 특허 선행기술조사 두고 다툼”(전자신문 2021. 12. 26.자 기사); 주상돈 기자, “무자격 ‘특허감정’ 논란으로 법정가는 ‘웹스(Wips)’... 검찰, 변호사법 위반 혐의로 기소”(IPDaily 2021. 12. 27.자 기사) 등.

3. 저작권 감정 모델의 차용 가능성 검토

가. 문제의 소재

지식재산권 분야뿐만 아니라 전 분야에 대한 소송감정 전체를 보더라도 특별한 제도가 저작권 감정 제도이다. 이는 저작권법 제119조에 의해 현재 한국저작권위원회에서 수행되고 있다. 2001년 이후 약 20년간 저작권 분쟁, 더 나아가 소프트웨어 관련 분쟁까지 매우 유의미한 역할을 수행하고 있다. 지식재산권의 한 축을 구성하는 저작권 분야에서 이와 같은 제도를 운영하고 있다는 점은 다른 한 축에 해당하는 산업재산권 분야에도 이를 적용하는 것에 대한 검토는 필연적인 과정이라 본다. 다만, 저작권 분야와 산업재산권 분야 간 권리의 내용과 같은 실체적 차이뿐만 아니라, 오랜 기간 각기 형성된 분쟁 관련 시장의 차이가 존재한다는 점을 고려해보면 이를 그대로 차용하여 제도화하는 것에 고민이 필요할 것으로 본다. 저작권 감정 모델이 실제 그 목적에 따른 효용이 유의미한지, 그리고 그것을 산업재산권 분야에도 차용할 수 있을지, 특히 차용에 따른 문제는 어떠한지 등에 대한 검토가 필요하다.

나. 저작권 감정 모델의 체계

저작권 감정은 저작권법 제119조에 의하여 한국저작권위원회에서 수행하고 있다. 감정의 내용은 저작권 침해 여부에 대한 감정과 소프트웨어에 대한 감정으로 구분된다. 전자는 저작권법의 전문성을 바탕으로 이루어지며, 후자는 저작권법에 대한 전문성뿐만 아니라 특히 기술적 전문성에 보다 깊이 바탕을 두고 있다.

감정은 크게 6가지 절차에 의하여 이루어진다. 즉, ① 감정 촉탁(신청)서 및 감정자료의 제출, ② 제출된 감정자료의 분석 및 검토, ③ 예상감정비용 산출 및 통보, ④ 감정인 지정, ⑤ 감정전문위원회 심의, ⑥ 감정결과 통보이다. 제출된 감정자료의 분석결과 감정을 수행하기에 부족하거나 적절치 않은 상태라면 추가적인 자료요청을 할 수 있으며, 감정수행 후 감정전문위원회의 심의결과 보정이 필요한 경우에는 이를 보정하여야 한다.

감정을 의뢰하기 위해서는 법원 또는 수사기관 등의 공식적인 의뢰가 필요하며, 감정의 접수와 더불어 감정자료의 제출이 반드시 요청되고 있다. 이후 예상감정비용을 산정하여 통지하고, 이 비용이 예납될 경우(민사소송의 경우) 또는 납입될 경우(형사소송 등의 경우) 감정을 본격적으로 실시한다. 이때 감정을 수행할 구체적인 전문가를 지정하게 되며, 필요한 경우 복수의 전문가를 함께 지정할 수 있다. 이를 통하여 도출된 감정결과는 감정전문위원회의 심의를 거쳐 감정서의 공정성, 적절성, 신뢰성 등을 평가하여 완성도 높은 감정결과를 제공한다. 이후 의뢰기관에 감정결과를 통보하며, 비용의 정산, 자료 반환 등이 이루어진다. 또한 감정서에 대한 질의 등을 대응하는 체계로 감정이 이루어진다.

다. 저작권 감정제도에 대한 평가

(1) 정량평가

저작권법 제119조에 의한 감정제도 평가는 2013년 감정제도를 경험한 법관 및 대리인들을 대상으로 한 실태조사 이후 특별히 이루어지고 있지는 않은 상황이다. 다소 오랜 시간이 지난 실태조사 결과이지만 현실적으로 활용할 수 있는 실태조사 결과가 없다는 점, 그 사이 제도적 변화가 특별히 없었다는 점 등을 고려할 때 저작권 감정제도의 평가를 정량적 측면에서 살펴보면 이 2013년의 실태조사 결과를 활용하더라도 일정한 한계 속에서는 유의미할 것으로 생각하였다.¹⁸⁵⁾

먼저, 감정제도를 활용함으로써 진행하고 있던 재판을 수행하는 데 적절한 도움을 얻었는지에 대해 응답자 전원이 도움이 되었음을 답하였고, 대체적으로 도움이 되었다는 답변 이상이 전체 응답자의 94.4%에 이를 정도로 제도적 역할 면에서는 유의미한 효과를 가져왔음을 알 수 있다.

다음으로 저작권 감정제도의 주요 평가요소를 전문성, 경제성, 공정성 및 신속성으로 구분하고, 제도 이용 경험에 따른 평가를 조사한 결과 전문성 수준은 평균 4.33점(5점 만점), 경제성 수준은 평균 3.83점(5점 만점), 공정성 수준은 평균 4.44점(5점 만점), 신속성 수준은 3.28점(5점 만점)으로 나타났다. 각 점수에 따른 절대적 수준을 평가할 수는 없지만, 제도 운영에 따른 전반적인 평가와 함께 어느 요인이 부족하게 나타나고 있는지 확인할 수 있는 결과라 생각된다. 이 결과를 보면 전문성과 공정성이 높은 평가를 얻은 반면, 경제성과 신속성은 상대적으로 낮은 평가를 얻고 있다.

감정의 신뢰도 측면에서는 어느 정도 이상 신뢰한다는 답변이 전체 응답자의 86.1%에 이르는데, 해당 실태조사에서는 감정기간이 장기간 소요될 경우 이용자의 신뢰도를 낮출 수 있다고 판단하고 있다.

전반적인 제도의 만족도는 평균 3.94점(5점 만점)을 얻었다. 이에 대해 전반적인 만족도가 감정제도의 주요 요소인 전문성, 경제성, 공정성 및 신속성 중 어떠한 요소에 영향을 받는지 살펴보기 위해 피어슨(Pearson) 상관분석(correlation analysis)과 다중회귀분석(multiple regression analysis)을 실시하였다. 분석결과 신속성 수준이 높다고 응답한 사람의 전반적인 만족도가 크다는 것을 확인하였다.¹⁸⁶⁾

185) 이하에서 제시하는 실태조사 결과는, 김시열, 『저작물 감정제도의 효과 및 개선방안 연구』, 한국저작권위원회, 2013, 122-145면의 내용을 발췌하여 제시한 것이다.

186) 실태조사에서는 실시한 상관분석 결과 유의 수준 0.05하에서 전반적인 만족도와 통계적으로 유의미한 상관관계가 있는 항목은 신속성 수준으로 정(+)의 관계가 있는 것으로 나타났다.

| 표 8 | 감정수준과 만족도 간 상관분석

구분	전문성 수준	경제성 수준	공정성 수준	신속성 수준	
전반적 만족도	상관계수	0.17	0.05	0.28	0.53
	p값	0.32	0.77	0.10	0.00

※ 자료: 김시열, 「저작물 감정제도의 효과 및 개선방안 연구」, 한국저작권위원회, 2013, 138면.

| 표 9 | 감정수준과 만족도 간 회귀분석 결과

구분	회귀계수	표준오차	t값 ¹⁸⁷⁾	p값
절편	0.34	1.16	0.30	0.77
전문성 수준	0.15	0.19	0.80	0.43
경제성 수준	-0.02	0.13	-0.18	0.86
공정성 수준	0.24	0.18	1.39	0.18
신속성 수준	0.60	0.17	3.61	0.00

※ 자료: 김시열, 「저작물 감정제도의 효과 및 개선방안 연구」, 한국저작권위원회, 2013, 139면.

(2) 정성평가¹⁸⁸⁾

저작권 감정제도에 대한 정성평가 요소로는 전문성, 공정성(신뢰성), 효율성, 지속성을 들 수 있으며, 이들 요소에 대하여 각각 다음과 같이 평가가 가능하다.

첫째, 전문성 요소에 대한 평가이다. 전문성은 감정을 수행하는 데 필요한 가장 핵심적이고 기본적인 요소인데, 저작권 감정제도는 저작권법과 감정전문가를 상시 보유하면서, 다양하게 존재하는 저작물의 각 분야별 전문가를 사안별로 활용하는 체계를 갖고 있다. 이에 기본적으로 공동감정 형태로 감정을 수행하고 있으며, 이는 통상의 감정제도와 다른 저작권 감정 모델의 특징이라 할 수 있다.

둘째, 공정성(신뢰성) 요소에 대한 평가이다. 앞서 살펴본 것과 같이 감정에서 공정성이 훼손되는 이유는 감정인이 갖는 지위를 이용하여 사익을 형성하고자 하기 때문이다. 그런데 공공기관이 감정의 주체로 되기 때문에 사익 추구라는 공정성 훼손의 동기(動機)가 작동하지 않는 체계라는 특징이 있다. 더욱이 감정결과에 대한 심의기구인 감정전문위원회를 두어 효과적인 감사가 가능하도록 하고 있는 점은 공정성을 확보함에 있어 실질적인 공정성뿐만 아니라, 외부적으로도 공정성을 확보하는 외관을 형성한다는 특징이 있다. 특히 공정성 담보를 위하여 감정에 참여하는

187) 데이터에서 구한 절편과 회귀계수 추정치는 그것들이 '참값'이 아닌 이상 각각의 표준오차와 대조시켜 어느 정도 신뢰할 수 있는지 검토할 필요가 있다. 개별의 상수인 절편이나 회귀계수 추정치가 확실한지 검토하는 경우는 신뢰구간을 계산하거나 t검정을 이용한다. 보통 t-값이 큰 경우 해당 변인의 회귀계수는 종속변인에 유의한 영향을 준다고 분석한다.

188) 저작권 감정제도의 정성적 평가에 관한 부분은 정진근 교수(강원대학교 법학전문대학원)의 자문 내용을 바탕으로 하였다.

전문가들을 외부에 공개하지 않음으로써 각 전문가들이 외압에 자유한 상태에서 소신껏 감정을 수행할 수 있도록 하고 있다.

셋째, 효율성 요소에 대한 평가이다. 많은 사례를 집중적으로 다루게 됨으로써 얻는 노하우의 축적뿐 아니라, 감정을 수행하는 데 필요한 지원이 효과적으로 이루어진다는 점은 상당한 장점이라 할 수 있다. 감정수행을 위한 국가의 재원이 투입되어 소프트웨어 소스코드의 비교분석 도구(exEyes)를 개발한 사례, 오픈소스 비교분석 도구(CodeEye)의 개발 사례, 여과단계를 지원하기 위한 오픈소스 정보시스템(Olis)의 개발 사례 등과 같이 효율적인 감정 수행을 위한 다양한 지원이 실질적으로 이루어질 수 있다는 점이 특징이다.

넷째, 지속성 요소에 대한 평가이다. 감정의 실무를 보면, 특정 사안에 대한 감정서를 작성하여 제출한 것으로 감정의 모든 절차가 끝났다고 볼 수 없다. 감정서 제출은 그 자체로 또 하나의 절차가 시작되는 시점이라 할 수 있다. 감정서가 제출된 시점부터 이를 기화로 사건의 양 당사자 간 다툼이 재점화되기 때문이다. 특히 감정서의 내용을 중심으로 다툼이 전개될 가능성이 크다. 그렇기 때문에 감정서를 제출한 이후라 하더라도 특정한 재판이 종료될 때까지 감정인의 역할이 일정한 범위에서는 지속되어야 하는 것이 실무의 현황이다. 이러한 배경하에 공공기관에 의한 감정은 장기간 이루어지는 재판 절차 속에서 감정에 대한 다양한 요구에 일관되게 대응할 수 있도록 하는 장점을 갖는다. 이와 같이 오랜 기간 안정적으로 감정을 수행해온 결과 누적된 노하우의 보유는 저작권 감정 모델의 큰 장점이다.

라. 검토

저작권법에 의한 저작권 감정 제도 모델은 특수성을 갖는 지식재산권 분야의 소송감정 모델이라는 측면에서 분명히 유의미한 효용을 갖는다고 판단된다. 앞서 살펴본 현재의 지식재산권 분야에서 지적되는 감정제도의 문제들의 상당수를 해결하고 있다는 점에 더 큰 의미를 갖는다. 정량평가와 정성평가를 보더라도 감정절차에서 가장 중요한 전제가 되는 공정성 요소에 대해 공공기관이 법적 근거에 따라 주체로 기능하므로 공정성을 보장하게 되어 평가의견 수렴 시 공정성이라는 요소는 당연히 존재한다는 결과가 추론될 수 있다. 그렇기 때문에 그 다음으로 수요자(주로 법관)가 원하는 가치(신속성)가 높게 나올 수 있다고 해석된다.¹⁸⁹⁾ 이와 유사한 모델을 적용한 사례가 중국의 사법감정센터라 할 수 있다. 우리 저작권법상의 감정제도를 지식재산권 전반으로 확대하여 감정기관을 구축한 것이다.

그런데 이와 같이 높은 효용에도 불구하고 이 모델을 산업재산권 분야에 적용할 수 있을지에

189) 다만, 해당 조사에서 수요자의 범위를 어떻게 설정하느냐에 따라 이 가치는 달리 도출될 수 있었을 것으로 생각한다. 만약 당사자를 수요자의 범위에 넣는다면 해당 통계에서는 낮게 나온 가치 요소인 경제성이 높게 도출될 수도 있었을 것이다. 이러한 점을 참고할 필요가 있다.

대해서는 다소 의문이 있다. 최근 다툼이 이루어지고 있는 지식재산권 또는 인접 분야에서의 업역 다툼을 보면, 산업재산권 분야의 전문가 시장은 매우 다양하게 형성되어 있다는 점을 알 수 있고 이들 각 영역 간의 경계를 확정하는 데 참여한 대립이 있다는 것을 알 수 있다. 이는 저작권법에 감정제도가 마련될 당시(2001년)와 상당히 큰 차이를 갖는다. 이에 산업재산권 분야에 대해 저작권 감정 모델을 적용하기 위해서는 민간시장과의 조화가 가능할 것인지를 우선 고민하여야 한다. 생각건대 저작권 감정 모델의 직접적인 적용은 어렵다고 본다. 앞에서 살펴본, 지난 2016년 발명진흥법 개정 과정에서 시장의 강한 저항을 겪은 사례가 이에 대한 대표적인 근거라 할 수 있다. 이에 저작권 감정 모델이 확보하고 있는 공공에 의한 공정성, 신뢰성, 전문성 등의 가치를 확보하되, 민간의 기존 시장을 침범하지 않고 민간 시장의 부정적 요인을 공공이 보완하는 방향으로 제도 설계가 필요할 것으로 생각한다.

다만, 저작권 감정 모델에서 의미있게 생각해야 할 것은 공공기관인 한국저작권위원회가 직접 감정을 수행하는 외관을 갖고 있지만, 그 운영의 실무 구조를 보면 해당 기관이 전적으로 감정을 수행¹⁹⁰⁾하기보다는 개별 사안에 따라 여러 최적의 전문가들을 매칭하고 해당 기관의 주도로 각 전문가들이 협업함으로써 양질의 감정결과를 도출하고 있다는 점이다. 이러한 구조는 재판부로부터 하요금 개별 사안에 따른 최적의 감정인 선정이라는 부담을 경감시킬 뿐 아니라 실질적으로도 적절한 감정결과 도출에 도움이 된다고 본다.

190) 과거에는 자체감정이라는 형태로 한국저작권위원회 내부 인력으로만 감정을 수행한 사례도 다수 있었으나, 최근에는 없는 것으로 보인다.

제2절

개선방안

1. 구체적 요소에 대한 개선방안

앞서 살펴본 지식재산권 관련 소송에서 소송감정제도의 문제로는 감정비용의 합리성 확보, 감정의 공정성과 전문성 확보, 감정주체의 효율적인 지정 체계 마련, 복합적 감정이 가능할 수 있는 체계 마련을 제시하였다. 이에 더하여 소송법상 감정제도에 요구되는 사항들로는 감정의 공정성 확보를 비롯하여 법관이 신뢰할 수 있는 감정 수행이 확보되어야 하는 점 등이 있다. 이들 문제를 개선하기 위한 방안은 다음과 같이 생각해볼 수 있다.

첫째, 감정의 공정성 문제는 해당 분야의 전문가의 공정성을 담보할 수 있는 방법이 요구된다. 이에 대해 기존에는 전문가라 하더라도 사적 이익에 무관할 수 없다는 점이 문제였는데, 감정을 수행하는 주체와 사적 이익 추구를 명확히 분리할 수 있도록 하는 것이 필요하다. 사적 이익의 부존재를 전제로 민사소송법 제335조의2 제2항, 제338조 등에 의해 요구되는 의무를 고의로 위반할 실익이 현저히 줄어들기 때문이다. 다만, 함께 고민되어야 할 것은 부정한 감정을 실시할 동기가 제거(사적 이익의 단절)된 전문가를 확보할 수 있어야 한다는 점이다. 이때 감정을 수행하는 전문가의 선의(강제된 선의 포함)에 기대어 공정성을 확보하는 방식보다는 구조적으로 전문가가 정당한 감정수행 대가 이외의 사익을 추구할 수 없도록 하는 것이 필요하다.

둘째, 감정비용의 합리성 확보 문제는 감정비용 산정 체계의 합리적 기준을 확보하는 것과 낮은 감정비용으로도 감정을 수행할 수 있도록 하는 체계를 마련하기 위한 방법이 요구된다. 전자에 대해 다양한 분야와 주체, 그리고 방식으로 이루어진다는 점을 고려할 때 단일의 표준을 마련하는 것은 불가능하다. 그럼에도 구체적 사안의 누적을 통하여 나름의 합리성을 확보한 비용산정 방식 또는 비용의 규모 등을 구체화하는 것을 생각해볼 필요는 있다고 본다. 후자에 대해서는 최근 이슈가 되고 있는 ‘기울어진 운동장’ 논의와 관련된 것으로, 경제적 약자라는 점이 소송에 있어서 최소한의 방어권 행사를 제약하여서는 안 된다는 시각에서 출발한다. 특히 민사소송의 경우 절차의 본질상 일정한 부분 경제적 차이가 대응의 정도에 반영될 수밖에 없기는 하나, 지식재산권 관련 재판에서 감정이 점차 필수적인 요소가 되어가는 점을 고려할 때, 제도에 대한 접근 자체가 경제적 문제로 인하여 차단되어서는 안 된다는 점에서 제기되는 문제이다. 이에 대해서는 전부 혹은 일부에 한하여 감정비용의 수준을 낮출 수 있는 방안 혹은 감정비용을 지원하는 방안 등이 고민될 수 있는데, 본고에서는 감정비용을 낮출 수 있도록 하는 측면에서의 고민이 필요하다.

셋째, 감정이 요구되는 사안에 따른 최적의 전문가를 감정인으로 지정할 수 있도록 하는 방법이 요구된다. 인증(人證)인 감정은 누가 감정을 수행하는지에 따라 중요한 영향을 받는다. 특히 지식재산권에 대한 쟁점의 경우, 권리성을 전제로 한 기술적 사항이 주로 감정의 대상이 되며, 감정을 수행하는 방식의 경우의 수가 매우 다양하므로 특정한 사안에 대한 감정을 수행할 주체를 찾고 이를 지정하는 것은 그 중요성에도 불구하고 현실적으로 용이하지 않은 면이 크다. 현재 법원은 예규 및 전산시스템에 따른 감정인 추천 방식을 활용하나 지식재산권 분야의 경우 이러한 일반적 방식이 적합하지 않은 것이 현실이다. 앞서 언급한 것과 같이 지식재산권 관련 사안의 개별성 때문이다. 지식재산권 분야에 대한 전문가를 재판부가 개별적으로 관리할 수 있는 상황이 아니라는 상황을 바탕으로, 그럼에도 불구하고 구체적 사안에 대해 가장 최적의 감정수행 주체를 찾고 그에 의한 감정이 수행될 수 있도록 하는 방법을 마련하는 것이 필요하다.

넷째, 복합적 사항에 대한 감정을 수행할 수 있도록 체계를 마련할 수 있는 방법이 요구된다. 이는 2016년 민사소송법 개정 당시에도 중요한 문제로 인식되어 제335조의2가 신설된 계기 가운데 하나였다. 과거와 같이 사안이 단일한 전문성으로 해결될 수 있지 않고, 점차 하나의 사안에서 상이한 분야의 전문성이 복합적으로 요구되는 경우가 등장하게 되었다. 지식재산권과 관련한 사안 역시 이러한 경향이 큰데, 지식재산권, 관련 기술, 그리고 이들의 결합으로 이루어진 제품(장비)으로 이어지는 과정에서 이질적 분야의 기술 등이 결합될 수 있기 때문이다. 저작권 감정 모델도 이러한 흐름을 반영하여 상이한 분야에 속하는 복수의 감정인이 함께 감정을 수행하는 방식을 채택하고 있다.¹⁹¹⁾ 민사소송법 제335조의2 제1항은 다른 전문가와 공동으로 감정을 수행하기 위해서는 모두를 감정인 지정을 받아야 함을 명시한다. 이 규정에 따른 복수감정인 체계로 하는 것이 타당한지 혹은 이를 위반하지 않는 범위에서 좀 더 효율적인 방법이 있을지 고민이 필요하다. 특히 익명성 문제¹⁹²⁾와도 연결되는데 전문가들이 현행법과 같이 개별적으로 공동감정인으로 등록받는 방식에 대해 여러 가지 면에서 부담을 갖고 있다 보니, 적절한 감정인 확보 측면에서는 상당한 장애로 작용하기 때문이다. 생각건대 촉탁감정의 방식으로 진행 시 복수의 전문가를 탄력적으로 활용할 수 있는 여지도 있다고 생각한다.

191) 정진근, “저작권 감정제도의 공공의 수행은 효과적인가”, IP소송에서 법관 조력제도 개선을 위한 세미나, 한국지식재산연구원, 2022. 5. 26, 4면.

192) 왕성민 기자, “진료기록 감정에 최소 6개월... 소송 당사자 속 탄다”, 법률신문, 2020. 3. 23.자 기사, <<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=160291>> 등 참조.

2. 종합적 검토

이와 같은 문제 해결의 방향성을 종합하여 판단해보면, 공공영역에서 감정의 주체로 참여하는 것이 필요하다는 결론을 얻을 수 있다.¹⁹³⁾ 현재 저작권 감정 모델이 공공영역이 직접 감정의 주체로 참여하는 방식을 취하고 있다. 또한 일본의 특허청에 의한 촉탁감정 수행 체계, 중국의 사법감정센터 모델이 이러한 태도를 갖는다. 다만, 이러한 선례들이 취하고 있는 모델을 산업재산권 분야에도 동일하게 적용할 수 있을지에 대해서는 고민이 필요하다고 본다. 우리 산업재산권 분야는 현재 변리사, 변호사를 비롯하여 다양한 지식재산서비스업을 영위하는 다양한 기업들이 존재하는 등 그 시장이 매우 활발하게 작동하고 있기 때문이다.¹⁹⁴⁾ 이에 산업재산권 분야를 전제할 때, 소송감정에 공공영역이 그 주체로서 참여하는 방식은 상당히 필요할 것으로 보이나, 참여 방식에 있어서 민간 전문가와의 상호 보완적 구조를 갖는 것이 필요하다고 생각한다.

구체적으로는 첫째, 법원과 전문가 사이를 연결하되 부정적 요인을 절연시키고, 법원의 전문가 활용에 대한 효율과 효과를 증대시킬 수 있도록 연결하는 역할을 공공기관이 수행하는 것이 필요하다고 생각한다. 이러한 방식을 통해 기존 법원이 지식재산권 소송 과정에서 감정을 활용할 때의 어려움을 감정을 전문적으로 수행할 공공기관이 해소시킬 수 있으며, 민간의 전문가 역시 기존 관련 시장을 유지시킬 수 있다는 효과를 얻을 수 있다. 이를 위한 감정체계로는 민사소송법 제341조 제1항 또는 형사소송법 제179조의2 제1항에 의하여 대상 공공기관이 법원으로부터 감정을 촉탁받게 되면, 대상 공공기관은 해당 감정사건을 수행하기 위한 전문가단을 구성하도록 한다. 이때 전문가단은 대상 공공기관의 감정사건 담당인력을 비롯하여 유관 전문가단체(대한변리사회, 대한변호사협회, 한국감정평가사협회, 한국기술사회 등)의 추천 전문가가 참여하도록 한다. 이러한 방식을 통해 공공기관에 의한 공정성과 전문성의 기반 위에 전문가들의 참여로 세부적 전문성을 담보할 수 있도록 하는 구조화가 가능하다. 대상 공공기관은 전문가단의 감정수행 결과에 대한 심의를 거쳐 이를 법원에 통보한다.

둘째, 제도의 안정성에 바탕하여 적극적인 제도적 역할을 수행할 수 있도록 하기 위해서는 법률의 개정을 통한 근거 마련이 필요할 것으로 본다. 발명진흥법의 개정을 통해 적절한 공공기관이 법원이 촉탁하는 산업재산권 등에 관한 감정을 수행(민간시장과의 협력을 통한 수행을 전제)할 수 있도록 하되, 예산으로 그 업무를 수행하는 조직에 대한 적절한 지원을 하도록 정하는 것이 필요하다. 특히 감정수행 사항을 명확히 특정함으로써 타법상의 관련 규범과 해석상 모호함이

193) 대부분의 관련된 연구에서는 객관적인 공정성을 확보하기 위한 방안으로 감정조직의 독립성 또는 강력한 견제장치의 마련 등을 언급하고 있다. 신양균, 전계논문, 336면 등. 중국의 사례 역시 동일함을 확인하였다.

194) 저작권 분야의 경우 저작권 감정 제도가 도입될 당시(2001년)에는 그러한 환경이 유의미하게 형성되지 않았었기 때문에 기존의 관련 시장을 특별히 고려할 필요성이 크지 않았다. 중국의 경우는 사법감정센터가 독립적인 전문가단체라기보다 다소 수사기관의 부속되어 있는 성격이 있다는 점을 볼 때, 우리와 같은 고민이 특별히 요구되지 않는다고 보인다. 저작권 감정 모델의 차용 가능성에 대해서는 앞에서 자세히 살펴보았다.

발생하지 않도록 하여야 한다. 아울러 익명성에 대한 논란을 해소하기 위하여 위 규정을 마련함에 있어서 감정결과와 통지 주체를 이를 수행한 공공기관의 장으로 함을 명시하는 방식으로 해결 가능하다.

법·제도 연구
지식재산권 소송에서 법관의 전문성 조력에 관한 연구
- 감정제도를 중심으로 -

제5장 결론

특정한 전문분야에 대한 지식과 공정성의 확보, 기술적 분석 등의 전제로서 특허법 등의 관련 법적 지식, 그리고 합리적인 비용의 소요 등을 모두 충족시킬 수 있는 경우는 쉽게 생각하기 어렵다. 자연인으로서의 전문가를 활용할 경우에는 더욱 해결하기 어려운 문제일 것이다. 이러한 지식재산권 관련 소송에서 감정이 갖는 특징으로 인하여 감정 일반에 대한 소송법상 개선이 이루어져왔음에도 불구하고 여전히 지식재산권 분야에 있어서는 문제해결이 용이하지 않아 왔던 것이다.

이러한 점에 대해 지금까지 살펴본 결과 공정성의 담보를 위해서는 법상 중립의무를 부여하는 것뿐만 아니라 어떠한 형태로든 사적 이익이 감정수행에 반영될 수 없도록 감정수행의 주체를 특정해야 할 것으로 보았다. 포괄적 전문성 확보를 위해서는 개인에 의한 감정보다는 구조화된 감정수행이 필요하다고 보았다. 이를 위해 공공부문과 다양한 민간영역의 전문가의 협력구조를 마련하는 것이 적절할 것으로 보았다.

참고문헌

- 강상욱 외 16인, 『외국사법제도연구(16) - 각국의 전문가 감정 및 증언 등의 운영실무 -』, 법원행정처, 2014
- 강성수, 『전문가 감정 및 전문심리위원 제도의 개선 방안에 관한 연구』, 사법정책연구원, 2016
- 김시열, 『저작물 감정제도의 효과 및 개선방안 연구』, 한국저작권위원회, 2013
- 김시열, 『산업재산권 분야 공적감정제도 도입의 주요문제』, 한국지식재산연구원 심층분석, 2016
- 김황중, 『법원감정인을 위한 소송감정』, 도서출판 서우, 2008
- 법원행정처, 『법원실무제요 민사소송Ⅲ(개정판)』, 2014
- 실라 재서너프, 『법정에 선 과학』, 동아시아, 2011
- 이시윤, 『신민사소송법』, 제8판, 박영사, 2014
- 이시윤, 『신민사소송법』, 제15판, 박영사, 2021
- 조국현, 『미국 증거법』, 진원사, 2019
- 조영남, 『중국의 사법제도 개혁 연구 - 법원을 중심으로』, 경제·인문사회연구회, 2011
- 최재식, 『특허권 침해 손해배상 감정평가 체계구축에 관한 연구』, 특허청·한국지식재산연구원, 2012
- 컴퓨터프로그램보호위원회, 『u-SW 疆國을 향하다』, 2007
- 한국저작권위원회, 『저작권 통계』, 통권 제11호, 2021
- 김시열·김민정, “법정조언자 제도와 소프트웨어감정 제도의 비교 연구”, 한국소프트웨어감정평가학회 논문지, 제14권 제2호, 2018
- 김지영, “미국 연방대법원의 법정조언자(Amicus Curiae)제도”, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2013
- 김진한, “미국 연방대법원의 사법심사 제도와 그 운영”, 고려대학교 대학원, 박사학위논문, 2014
- 손은성, “소송비용절감을 위한 전문심리관제도 도입에 관한 연구”, 공공사회연구, 제7권 제1호, 2017
- 신양균, “형사소송법상 감정제도에 관한 몇 가지 고찰”, 법학논집, 제28권 제4호, 2011
- 신은주, “의료소송에 있어서 전문가활용에 관한 고찰”, 한국의료법학회지, 제29권 제2호, 2021
- 윤재운, “전문소송의 감정절차에 대하여 -건설감정의 표준절차를 중심으로-”, 법조, 제51권 제11호, 2002
- 이재우, “특허소송의 전속관할에 대한 소고”, 지식재산21, 통권 제91호, 2005
- 정진근, “저작권 감정제도의 공공의 수행은 효과적인가”, IP소송에서 법관 조력제도 개선을 위한 세미나, 한국지식재산연구원, 2022
- 정차호·신혜은, “미국의 법정조언자(amicus curiae) 제도의 우리 특허소송에서의 도입방안에 관한 연구”, 정보법학, 제23권 제2호, 2019
- 조재현, “헌법재판에서 법정조언자의 도입가능성에 관한 시론적 연구 - 미국의 경험을 중심으로”, 인 권과 정의, 제446호, 2014
- 최승재, “감정 수행의 변호사법·변리사법과의 충돌문제 검토”, IP소송에서 법관 조력제도 개선을 위

- 한 세미나, 한국지식재산연구원, 2022
- 최승재, “변호사법 제3조의 해석과 변호사의 직무범위에 대한 연구”, 변호사 제47-II집, 2015
- 함영주, “미국 연방지방법원의 대표당사자소송 운영의 경험을 통해 본 우리 집단소송제의 바람직한 운용 및 입법방안”, 민사소송: 한국민사소송법학회지, 제12권 제1호, 2008
- Bryan A. Garner, 『Black’s Law Dictionary(8th ed)』, West(Thomson Reuters), 2004
- Paul Goldstein, 『Goldstein on Copyright, Vol. II』, LexisNexis, 2010
- Paul M. Collins, Jr., 『Friends of the Supreme Court: Interest Groups and Judicial Decision Making』, Oxford University Press, 2008
- Joe S. Cecil & Thomas E. Willging, 『Court-appointed Experts: Defining the Role of Experts Appointed Under Federal Rule of Evidence 706』, Federal Judicial Center, 1993
- Joe S. Cecil, Thomas E. Willging, 『Court-Appointed Experts』, Reference Manual on Scientific Evidence, Federal Judicial Center, 1994
- Raymond J. Dowd, 『Copyright Litigation Handbook (2011 edition)』, WEST(Thomson Reuters), 2011
- Anthony Champagne, Danny Easterling, Daniel W. Shuman, Alan Tomkins, Elizabeth Whitaker, “Are court-appointed experts the solution to the problems of expert testimony”, *Judicature*, vol.84, no.4(2001)
- B. R. Pravel, “The Need for the Impartial Expert in Patent Litigation”, *Journal of the Patent Office Society*, vol.46, no.8(1964)
- United States., “Role of the Court Expert in Patent Litigation”, Study of the Subcommittee on Patents, Trademarks, and Copyrights, no.8(1958)
- Edward H. Nielsen and Robert J. Franco, “PURCHASED TESTIMONY: THE PROBLEM OF PROFESSIONAL EXPERT WITNESS”, *Defense Counsel Journal*, vol.57, no.4(1990)
- Ellen E. Deason, “Court-Appointed Expert Witnesses: Scientific Positivism Meets Bias and Deference”, *Oregon Law Review*, vol.77, no.1(1998)
- Helen A. Anderson, “Frenemies of The Court: The Many Faces of Amicus Curiae”, *University of Richmond Law Review*, vol,49, no.2(2015)
- Karen O’Connor, “The Amicus Curiae Role of the U.S. Solicitor General in Supreme Court Litigation”, *Judicature*, vol.66, no.6(1983)
- Lee. M. Friedman, “Expert testimony its Abuse and Reformation”, *Yale Law Journal*, vol.19, no.4(1909-1910)
- Michael K. Lowman, “The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin After the Friends Leave?”, *American University Law Review*, vol.41, no.4(1992)
- Michael Rustad and Thomas Koenig, “The Supreme Court and Junk Social Science: Selective Distortion in Amicus Briefs”, *North Carolina Law Review*, vol.72, no.1(1993)

- Omari Scott Simmons, "Picking Friends from the Crowd: Amicus Participation as Political Symbolism", *Connecticut Law Review*, vol.42, no.1(2009)
- Pamela Louise Johnston, "Court-Appointed Scientific Expert Witnesses: Unfettering Expertise", *High Technology Law Journal*, vol.2, no.2(1987)
- S. Chandra MOHAN, "The Amicus Curiae: Friends No More?", *Singapore Journal of Legal Studies*, no.2(2010)
- Steven Kochevar, "Amici Curiae in Civil Law Jurisdictions", *The Yale Law Journal*, vol.122, no.6(2013)
- Tahirih V. Lee, "Court-Appointed Experts and Judicial Reluctance: A Proposal to Amend Rule 706 if the Federal Rules of Evidence", *Yale Law & Policy Review*, vol.6, no.2(1988)
- Vinod Polpaya Bhattathiripad, "FORENSICS OF SOFTWARE COPYRIGHT INFRINGEMENT CRIMES: THE MODERN POSAR TEST JUXTAPOSED WITH THE DATED AFC TEST", *Journal of Digital Forensics, Security and Law*, vol.9, no.2(2014)
- Nishiguchi Hajime, 民事訴訟における専門家の関わり- 争点整理、証拠調べ及び和解における専門家の役割-, *早法*, vol.72, no.4(1997)
- ソノダ ケンジ, 専門訴訟における争点整理への専門家の中立関与と当事者権の保障, *広島法学*, vol.27, no.2(2003)
- ウエムカイ テルヨシ, 民事鑑定の積極的活用策に関する検討 - 知的財産訴訟を中心として-, 2019 年度若手・女性研究者奨励金 レポート, 2019

법·제도 연구

지식재산권 소송에서
법관의 전문성 조력에 관한 연구
- 감정제도를 중심으로 -

발행일 2022년 12월
발행처 한국지식재산연구원
발행인 손승우
주소 서울시 강남구 테헤란로 131 한국지식재산센터 3, 9층
한국지식재산연구원
전화 02-2189-2600
홈페이지 www.kiip.re.kr
디자인/인쇄 (주)케이에스센세이션 02-761-0031

이용허락 유형	표시 마크	이용허락 범위
[제4유형] 제1유형 + 상업적 이용금지 + 변경금지	 공공누리 출처표시 상업용금지 변경금지 공공 저작물 자유이용허락	- 출처 표시 - 비상업적 이용만 가능 - 변형 등 2차적 저작물 작성 금지

법·제도

법제분석

지식재산권 소송에서

법관의 전문성 조력에 관한 연구



특허청

Korean Intellectual Property Office

대전 서구 청사로 189
Tel : 1544-8080 Fax : 042)489-0194
<http://www.kipo.go.kr>



한국지식재산연구원

Korea Institute of Intellectual Property

서울 강남구 테헤란로 131
Tel : 02)2189-2600 Fax : 02)2189-2694
<http://www.kiip.re.kr>

ISBN : 979-11-6884-078-2
DOI : 10.8080/P9791168840782